



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

**LUIS EDUARDO MENDES DANTAS**

**DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE  
ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL**

**FORTALEZA  
2013**

LUIS EDUARDO MENDES DANTAS

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE  
ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

FORTALEZA  
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- D192d Dantas, Luis Eduardo Mendes.  
Da aplicação do princípio da insignificância dos crimes de estelionato contra a previdência social / Luis Eduardo Mendes Dantas. – 2013.  
71 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.  
Área de Concentração: Direito Penal.  
Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.
1. Fraude - Brasil. 2. Princípio da insignificância. 3. Previdência social - Brasil. I. Arruda, Samuel Miranda (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

LUIS EDUARDO MENDES DANTAS

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE  
ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Penal.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Sérgio Bruno Araújo Rebouças  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Dr. Rômulo Moreira Conrado  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Élcio Luiz e Rita Simone.  
A todos os Mestres da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Ceará.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer a quem muito me inspirou a estar onde estou, minhas avós, Ezilda e Filomena, e meus avôs Raimundos, já falecidos, mas que ainda estão presentes nos ensinamentos passados e no meu jeito de viver. Não menos importantes, meus pais, Élcio Luiz e Rita Simone, que são verdadeiros exemplos de pessoas trabalhadoras, esforçadas, determinadas e dotadas de uma ética inabalável, além de exímios educadores, que me ajudaram na formação moral e acadêmica. Agradeço, de todo coração, o apoio incondicional que me foi dado por estes, que me motivam a cada dia para conquistar mais coisas e evoluir mais como pessoas e profissional.

Agradeço também as minhas tias, Fátima, Margarida, Cícera, Érika, Élide, Elisângela, e aos meus tios, Paulo, Francisco, João Bosco, Ruy, Luiz Carlos e Cícero, Zé Carlos, Joãozinho, pelos ensinamentos da convivência. Em especial às minhas tias Fátima e Margarida, que estiveram presentes na minha formação educacional desde a alfabetização.

Aos meus primos, Fernando, Junior, João Marcelo, Matheus, Mariana, Alexandre, Felipe, Pedro Paulo, João Pedro, Phelippe, Karol e Victor, os quais eu tenho como verdadeiros irmãos, deixo meu agradecimento por participarem da minha vida como um todo. À minha irmã, Fernanda, que trilhando o mesmo caminho, agradeço pelo companheirismo e a amizade, apesar das discussões constantes.

Aos amigos de faculdade, Fúlvio, Milena, Paulo, que, desde o início dessa jornada acadêmica, me acompanharam e me apoiaram. Ao time mais guerreiro da faculdade, GAF, e seus jogadores, Roberto, Job, Elano, Paulo Henrique, Caio, Levy, Cristiano, Leonardo e Neto, deixo meu mais merecido agradecimento, pelo exemplo de pessoas que não desistem nunca.

Aos meus companheiros do dia-a-dia na sala de aula, Régis, Gabriel, Ririca, Bruno, Davi, Sávio, Carol, Bia, Manuela, Sofia, Thiago, Isaac, entre outros vários, agradeço pelas alegrias compartilhadas durante esses 5 anos de faculdade.

Aos meus companheiros de estágio, Felipe Miguel, Felipe, Eneida, Sabrina, Achernar, Mariana, Bruno, Raquel, que compartilharam momentos de aprendizagem no âmbito laboral.

Aos mentores profissionais, que muito me ensinaram nas respectivas funções, Erivelthon, Moésio, João Paulo, Damiana e Jairo.

Aos membros da UPA, Nathan, Eduardo, Antônio Cesar, Queiroz, Flávio, Raphael e Matheus, agradeço pelos momentos de grande reflexão acadêmica e social e pelo apoio incondicional nas horas mais difíceis.

Aos meus eternos vizinhos e amigos, Nicholas, Nathan, Tio Emanuel e Tia Inês, que são uma segunda família para mim. E aos Amigos Rodrigo e Henri que fizeram parte do Condomínio Santa Helena, onde passei os melhores momentos da minha infância.

À minha grande amiga e companheira por vários anos, Bruna Nunes, que muito aguentou ao meu lado, apoiando-me e me motivando a seguir em frente nessa jornada.

Por falta de espaço no papel, e não no coração, deixo de citar alguns nomes, não menos importantes, mas que também merecem meu agradecimento neste momento de vitória. A essas pessoas, deixo meu imenso carinho.

## RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de estelionato contra a Previdência Social, previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal. Aborda-se, inicialmente, uma pequena noção de princípios jurídicos, e, após, expõe-se a evolução histórica e do postulado em estudo e o seu desenvolvimento teórico. Apresenta ainda os fundamentos deste princípio, citando alguns institutos relacionados, que se conectam, por diversas vezes, com o postulado em tela. Comenta ainda acerca da tipicidade e as consequências da aplicação do referido princípio nessa. Ademais, versa-se sobre o crime de estelionato e suas minúcias, a diferença entre fraude civil e penal, o estelionato contra a Previdência Social, fazendo uma comparação ao final sobre a forma privilegiada do estelionato e o mesmo crime com a incidência do princípio em comento. No último capítulo, expõe-se os argumentos utilizados nas decisões dos Tribunais pátrios que aplicam o postulado ora estudado, trazendo a linha de pensamento dos magistrados, e fazendo críticas a esta. Ao final, debate-se o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal que veda a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de estelionato contra a Previdência Social, contra argumentando esta, mostrando alguns aspectos que não se compatibilizam com as teorias adotadas no Direito brasileiro., tentando demonstrar a possibilidade de aplicação do referido postulado.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Tipicidade. Estelionato contra a Previdência Social.



## **ABSTRACT**

This study aims to examine the application of the principle of insignificance in the crimes of larceny against Social Security, under Article 171, § 3º, of the Criminal Code. Addresses, initially, a small notion of legal principles, and after, exposes the historical evolution of the postulate in the study and its theoretical development. It also presents the fundamentals of this principle, citing some related institutes that connect several times, with the postulate on screen. Further comments about the penal typicality and the consequences of the application of that principle in this. Moreover, this paper puts forward on the crime of embezzlement and its minutiae, the difference between civil and criminal fraud, embezzlement against the Social Security, making a comparison between the privileged form of larceny and larceny with the incidence of the principle of insignificance. In the last chapter, sets up the arguments used in the decisions of the Courts patriotic applying the principle of insignificance, bringing the line of thinking of judges and criticizing this. At the end, it debate the contents Supreme Court decision which prohibits the application of the principle of insignificance in the crimes of embezzlement against Social Security, arguing against this, showing some aspects that do not make compatible with theories adopted in Brazilian law, trying to demonstrate the possibility of application of this postulate.

**Keywords:** Principle of Insignificance. Penal Typicality. Larceny against Social Security.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL</b> .....	12
<b>2.1 Princípios Jurídicos</b> .....	12
<b>2.2 Origem Teórica e Desenvolvimento Histórico do Princípio da Insignificância</b> .....	14
<b>2.3 Fundamentos do Princípio da Insignificância e Institutos Relacionados</b> .....	17
2.3.1. <i>Princípio da Fragmentariedade e da Subsidiariedade</i> .....	18
2.3.2. <i>Princípio da Intervenção Mínima</i> .....	20
2.3.3. <i>Princípio da Irrelevância Penal do Fato</i> .....	22
2.3.4. <i>Princípio da Adequação Social</i> .....	24
<b>2.4 Tipicidade Penal e o Princípio da Insignificância</b> .....	25
<b>2.5 Princípio da Insignificância</b> .....	28
<b>3 DO ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL</b> .....	31
<b>3.1 Dos Crimes Contra o Patrimônio</b> .....	31
<b>3.2 Do Estelionato</b> .....	34
3.2.1. <i>Considerações Preliminares</i> .....	34
3.2.2. <i>Fraude Penal e Fraude Civil</i> .....	36
3.2.3. <i>Bem Jurídico Tutelado e Sujeitos do Delito</i> .....	38
3.2.4. <i>Adequação Típica e Classificação Doutrinária</i> .....	41
<b>3.3 Do Estelionato Contra a Previdência Social</b> .....	45
<b>3.4 Da Diferença entre Estelionato Privilegiado e o Estelionato com incidência do Princípio da Insignificância</b> .....	47
<b>4 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL</b> .....	50
<b>4.1 Argumentos Levantados pelos Tribunais Pátrios acerca da Aplicação do Princípio da Insignificância</b> .....	50

<b>4.2 Argumentos Levantados pelos Tribunais Pátrios acerca da Aplicação do Princípio da Insignificância nos Crimes de Estelionato contra a Previdência Social.....</b>	<b>58</b>
<b>4.3 Sugestão de Parâmetro para Aplicação do Princípio da Insignificância nos Crimes de Estelionato contra a Previdência Social .....</b>	<b>63</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>68</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do estudo sobre aplicação do princípio da insignificância nos crimes de estelionato contra a Previdência Social, que visa comentar e criticar a posição tomada pelo Supremo Tribunal Federal que veda a incidência do postulado mencionado nesses delitos.

O princípio da insignificância, com origem na visão crítica acerca do direito penalista, em que se reconhecem os malefícios de sua aplicação indiscriminada, busca moldar a interpretação do princípio da legalidade, intrinsecamente conectado ao conceito de tipo penal.

Seguido de vários outros institutos que fomentam o Direito Penal Mínimo, este princípio surgiu com o movimento reacionário às doutrinas dos regimes totalitários presentes na Alemanha Nazista e na União Soviética, que se mostravam acobertadas pelo o ar da insegurança jurídica, já que as normas eram editadas ao bel prazer dos ditadores.

Fundamentado nos princípios da fragmentariedade, da intervenção mínima e da subsidiariedade, o postulado da insignificância ganhou espaço no Direito Penal, com o viés de afastar a tipicidade penal de determinadas condutas que se mostravam de baixa lesividade para a sociedade, não carecendo das sanções penais para trazer a paz social.

Em face das consequências da aplicação do princípio da insignificância, discorrer-se-á sobre a tipicidade, traçando suas origens teóricas, ressaltando a Teoria Causalista e Finalista da Ação, cujos teóricos mais conhecidos foram BELING, MAYER, MEZGER e WELZEL. Ao final do tópico, falar-se-á do moderno conceito de tipicidade, que engloba o princípio em estudo, fazendo surgir o conceito de tipicidade formal e material, em que, para uma conduta ser considerada típica, não é suficiente que esta se molde a um tipo penal, sendo necessário também que esta cause lesão ao bem jurídico tutelado. Feito isso, conceituar-se-á, brevemente, o princípio da insignificância, trazido por Claus ROXIN.

No segundo capítulo, far-se-á a conceituação do crime de estelionato, capitulado no artigo 171, do Código Penal, aduzindo-se inicialmente sobre a diferença entre fraude civil e fraude penal, passando-se, então, para explanação acerca dos bens jurídicos tutelados por este tipo penal, que são o patrimônio da vítima e a boa-fé das relações negociais. Adiante, far-se-á uma comparação entre o estelionato privilegiado (modalidade prescrita no artigo 171, § 1º, do Código Penal) e aquele em que há incidência do princípio da insignificância, trazendo a tona algumas distinções. Para finalizar o segundo capítulo, adentrar-se-á no estudo do estelionato em sua modalidade “qualificada”, por configurar como sujeito passivo a Previdência Social, para melhor compreensão da análise jurisprudencial que será feita no último capítulo.

No último capítulo, iniciar-se-á comentando as jurisprudências dos Tribunais pátrios que versam sobre o princípio da insignificância e sua aplicação no Direito brasileiro, traçando sua evolução dentro dele, versando sobre os requisitos trazidos pelo Min. Celso de MELLO, que devem ser observados no momento da verificação de cabimento do referido postulado, bem como, sobre a tendência de “subjativização” dos requisitos para aplicação do supracitado princípio.

Ao final, discutir-se-á a aplicação do referido postulado nos crimes de estelionato em desfavor da Previdência Social, abordando, para tanto, a decisão proferida pelo Min. Dias TOFFOLI que veda esta hipótese de cabimento, fazendo críticas e comentários a respeito desta, para, em fim, sugerir um parâmetro para aferir-se a possibilidade de incidência do mencionado princípio nesses delitos.

## 2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL.

Primeiramente, antes de adentrarmos no mérito central deste trabalho, faz-se necessário entender o conceito de princípio da insignificância, sendo imprescindível para a compreensão das análises que serão feitas aqui. Desta forma, perpassaremos pelo conceito de princípio jurídicos, discorrendo, após, sobre as minúcias que norteiam o princípio em questão, desde a sua origem e fundamentos às consequências de sua aplicação no mundo jurídico.

### 2.1. Princípios jurídicos.

Este tópico busca uma breve explanação acerca dos princípios e sua aplicação no atual ordenamento jurídico brasileiro, para que fique clara sua posição no sistema jurídico.

Primeiramente, a palavra princípio traz consigo a ideia de início, lugar de onde determinada coisa se originou. Faz-se necessário, desta forma, apregoar as palavras de Miguel REALE, em sua obra, que aduz acerca do significado do vernáculo princípio:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentos de validade de um sistema particular de conhecimento com seus pressupostos necessários.<sup>1</sup>

Seguindo esta linha, mas já adentrando no conceito de princípio como norma jurídica, Humberto ÁVILA versa da seguinte forma:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípio: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5 ed. Malheiros. 2006, p. 78 - 79.

Ainda com base nos escritos do referido autor no parágrafo anterior, é válido trazer à tona a classificação dada por este à eficácia de atuação dos princípios sobre as normas e os fatos em determinado ordenamento. O renomado escritor subdivide a eficácia em duas, interna e externa.

Acerca da eficácia interna, ÁVILA assevera que os princípios, por serem normas de caráter finalístico, propõem um ideal de coisas a serem perseguidos, que diz respeito a outras normas do mesmo ordenamento jurídico, em sendo assim, os princípios são normas de grande importância para a interpretação do sentido das regras, além do que, estas normas jurídicas atuam também sobre fatos e provas, fazendo nestes uma análise de pertinência e valoração<sup>3</sup>.

Quanto à eficácia externa, aduz ÁVILA que estas normas jurídicas não atuam somente para viabilizar a compreensão de outras normas, podendo atuar também sobre a compreensão dos fatos e provas, devendo-se, para tanto, fazer um juízo de pertinência, para se decidir quais os fatos são os mais pertinentes, dentre todos aqueles analisados, e realizar um exame da valoração, para analisar quais os pontos de vista são mais adequados para interpretar os fatos.<sup>4</sup>

Ainda acerca do caráter normativo dos princípios, Norberto BOBBIO em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, além de confirmar fundamentadamente este caráter e esclarecer sua função no ordenamento, o conceitua de forma primorosa:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um processo de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles; se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5 ed. Malheiros. 2006, p. 97.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995, p. 158 - 159.

De forma mais didática, facilitando a compreensão do termo princípio dentro da órbita do direito e de sua função dentro do ordenamento jurídico, Maurício Antônio Ribeiro LOPES entende que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos.<sup>6</sup>

## 2.2. Origem teórica e desenvolvimento histórico do Princípio da Insignificância.

A origem teórica do princípio da insignificância está conectada com a denominada criminologia crítica ou radical, pois, a partir desta, surgiu a teoria do direito penal mínimo, que está intrinsecamente relacionada à aplicação do princípio em comento. A construção do conceito atualmente aceito de delito, como um problema social, e não apenas como um fato típico, ilícito e culpável, atribui-se a esta corrente criminológica.<sup>7</sup>

Seguindo esta corrente, verifica-se que os estudos acerca do crime passam a ter um foco diferente, saindo da perspectiva única sobre o fato delituoso e seu autor, e entrando também na análise das falhas do próprio sistema institucional, apontadas como uma das causas do fenômeno criminoso. A partir da análise deste fenômeno sob esta ótica, surge a delinquência secundária, que segundo Patrícia Manete MELHEM<sup>8</sup>, é “aquela oriunda da reação das instâncias oficiais de controle social, a partir de seu

<sup>6</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 29.

<sup>7</sup> MELHEM, Patrícia Manente. **Da inaplicabilidade do princípio da insignificância no Direito Penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 19. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17286/PATRICIA%20MANENTE%20MELHEM.pdf?sequence=2>>. Acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 19.



poder seletivo e das chamadas cerimônias degradantes a que são expostos os escolhidos do sistema, que acabam assim ingressando em carreiras delitivas”.

Sendo perceptível que o Direito Penal tem um efeito negativo na sociedade, deve este intervir minimamente na esfera social, fazendo-se necessário a sua utilização apenas nas condutas mais gravosas para o meio. Assim, como instrumentos viabilizadores do Direito Penal mínimo, afim de que se preserve a paz social sem, no entanto, prejudicar a mesma, o ordenamento jurídico pátrio traz o princípio da insignificância, a progressão de regime, a substituições de pena privativa por restritiva, o trâmite especial nos Juizados Especiais Criminais, entre outros. Desta forma, tenta-se punir, evitando-se um mal maior.

Agora versando acerca do desenvolvimento histórico do princípio da insignificância, sabe-se que esse está intimamente ligado ao desenvolvimento do princípio da legalidade ao longo dos anos. Para o autor LOPES, o postulado do *nullum crimen nulla poena sine lege* sofreu transformações que culminaram na mais firme garantia dada à liberdade individual, sendo este restringindo por figuras adjetivas, que alteraram o padrão clássico do princípio da legalidade. Traçando a evolução do referido postulado, passou-se a entender que não há crime nem pena sem lei prévia (*nullum crimen nulla poena sine lege **praevia***), trazendo à tona as ideias garantidoras dos princípios da anterioridade e irretroatividade da lei penal. Mais adiante, passou-se a seguir o seguinte escrito, *nullum crimen nulla poena sine lege **scripta***, excluindo aqui a possibilidade de eleger de forma costumeira as condutas típicas. Em evolução constante, se restringiu mais, ao não se permitir a utilização da analogia para criar tipos penais ou qualquer outra norma que agrave a pena, através do escrito *nullum crimen nulla poena sine lege **stricta***. Em evolução mais recente, proibiram-se os tipos penais vagos ou indeterminados (*nullum crimen nulla poena sine lege **certa***), nascendo aqui o princípio da taxatividade.<sup>9</sup>

Mais moderno, o pensamento doutrinário evoluiu para o postulado do *nullum crimen nulla poena sine **inuria***, onde se considera crime a ser punido apenas aqueles que causem um dano relevante, no qual gravidade do dano corresponda à

---

<sup>9</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 40 - 41.

pena a ser aplicada. É nesse íterim que se inicia a concepção do princípio da insignificância, que visa a afastar a incidência de tipos penais em condutas que não vem a macular o bem jurídico tutelado.<sup>10</sup>

O conceito inicial de princípio da legalidade partiu dos iluministas que lutavam contra os arbítrios do sistema absolutista monárquico, buscando a limitação do poder do Estado, garantindo o cidadão uma margem de segurança para atuar na sociedade.

Nesse contexto, um autor mereceu destaque para este assunto específico, BECCARIA, que em sua obra intitulada “Dos delitos e das penas” (1764), concluiu que: “apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social”.<sup>11</sup> Mais a frente, versando acerca dos delitos, BECCARIA aduz que:

A exata medida do crime é o prejuízo causado à sociedade. Aí está uma dessas verdades que, ainda que evidentes para o espírito menos arguto, porém escondidas por um concurso singular de circunstâncias, apenas são conhecidas de um pequeno número de pensadores em todos os países e em todos os séculos.<sup>12</sup>

A evolução do princípio da legalidade influenciou a confecção do *Bill of Rights* e das primeiras Constituições das colônias americanas. Mais tarde na França, com o advento da Revolução Francesa em 1789, foi proclamado a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo esta um marco da inserção do princípio da legalidade em um texto legal, havendo inclusive um dispositivo que permitia ao Estado a criação de tipos proibitivos apenas em relações às condutas nocivas à sociedade, criando uma espécie de caráter seletivo do Direito Penal e a desconsideração às condutas insignificantes, o que remete ao campo do princípio ora estudado.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 41.

<sup>11</sup> BECCARIA apud LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 42.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>13</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 42.

Mas, a pedra de toque para a concepção do princípio da insignificância tal qual conhecemos na atualidade foi o movimento reacionário às doutrinas que sustentavam os regimes totalitários europeus, mormente o Direito alemão, no período nazista. Nessa época, quem ditava os esquemas normativos era o *Führer*, que nada mais eram do que preceitos incriminadores que podiam ser ampliados a sua vontade, permitindo assim, um conjunto de condutas típicas desarmonizadas de qualquer noção orgânica de Direito Penal, não havendo limites para identificar o conteúdo material da gravidade da conduta, que seria a legitimação da penalização desta.<sup>14</sup>

Apesar da tendência evolucionista do princípio da insignificância ter sido mais bem estudada com o foco na Alemanha nazista, não pode se ignorar que a política penal soviética cometeu os mesmos equívocos, inclusive com a utilização da expressão “legitimadora” da doutrina bolchevista “consciência socialista do direito”, que representava o ideal de princípio da legalidade, o que se verifica incompatível com a segurança jurídica que deve se dar a liberdade individual a partir de tipos penais definidos, já que a expressão em comento era dotada de múltiplos significados, cabendo ao intérprete valorar da forma como bem entendesse.<sup>15</sup>

### **2.3. Fundamentos do Princípio da Insignificância e Institutos relacionados.**

Neste tópico, serão analisados os princípios correlacionados, que mais deveriam ser chamados de codependentes, pois, conforme se verifica nas decisões dos Tribunais pátrios que se fundamentam no princípio da insignificância para atestar a atipicidade da conduta, geralmente há menção destes, pois estão intrinsecamente relacionados, sendo difícil de separá-los ou individualiza-los, apesar de terem conteúdos distintos, como o da fragmentariedade do direito penal, o da subsidiariedade, o da intervenção mínima e o da adequação social da conduta.

---

<sup>14</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 43.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 43 - 44.

### *2.3.1. Princípio da Fragmentariedade e da Subsidiariedade*

O Direito Penal pode ser considerado um direito valorativo, pois atribui valor às condutas delituosas, diferenciando as mais gravosas a sociedade das menos gravosas, selecionando àquelas que devem ser punidas com sanções pré-definidas. Nesse ínterim, é que se revelam os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.

Ao selecionar as condutas, o Estado selecionará também os bens jurídicos que serão tutelados pelo Direito Penal, sendo listado aqueles mais importantes, que quando vulnerados causam repugnância dentro da sociedade, sendo objeto de criminalização as ações ou omissões mais graves endereçadas aos bens mais valiosos, como a vida e a liberdade.

Conforme ensina LOPES, o conceito de fragmentariedade é definido da seguinte forma:

O Direito Penal não foi construído com objetos jurídicos de tutela que lhe fossem próprios ou exclusivos. Ao contrário, a sua formulação sempre esteve condicionada por um processo (ou por uma técnica) de eleição de bens jurídicos estranhos aos seus limites, captando-os e reconhecendo-os num sentido de importância informado por outros ramos do Direito.

A essa inexistência de objeto próprio e à consequência final desse processo de construção do sistema criminal sob uma escala de valores que não lhe é ontologicamente conhecida, mas imposta pelas circunstâncias de história, ética e padrão cultural de cada povo, dá-se o nome – ou erige-se a categoria – fragmentariedade do Direito Penal.<sup>16</sup>

Destarte, o princípio da fragmentariedade postula que os comportamentos contrários a lei não devem ter o mesmo tratamento pelo Direito Penal, ou de forma contínua, como aduz a doutrina. Na verdade, o que traduz o princípio referido é que, ao se considerar as condutas ilícitas um conjunto, apenas alguns fragmentos deste merecerão a tutela penalista, sendo escolhidas aquelas que mais afetam os bens jurídicos indispensáveis para a manutenção da ordem social, permitindo, assim, a convivência pacífica dentro da sociedade. Nas lições do autor Luiz Régis Prado,

---

<sup>16</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 61.

conclui-se que “esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.<sup>17</sup>

Quem primeiro mencionou o caráter fragmentário do Direito Penal foi BINDING, em seu Tratado de Direito Penal Alemão Comum – Parte Especial, de 1896. Para este autor, o Direito Penalista não é um sistema exaustivo de tutela dos bens jurídicos, mas sim um sistema descontínuo de comportamentos ilegais decorrentes da imprescindibilidade de criminaliza-los, por ser este a via indispensável para proteção jurídica desses bens. Reconhecendo tal característica que é peculiar deste Direito, o doutrinador em comento procurava superá-lo, tentando preencher as lacunas existentes e seus efeitos na proteção dos bens jurídicos.<sup>18</sup>

Hodiernamente, não só não se tenta superar esse, como também se conhece as virtudes do caráter fragmentário deste Direito, afinal, como dito anteriormente, o Direito Penal deve se ater apenas para condutas mais graves, sendo dispensada sua atuação perante aquelas que não possuem a força para desestabilizar a convivência social, sendo suas sanções em face destas um mal desnecessário, um verdadeiro excesso.

Por sua vez, a subsidiariedade, corolário do princípio da fragmentariedade, que determina que a tutela penal somente deve ter lugar quando não restar outro meio coercitivo de que dispõe o Estado para a manutenção da paz social, ou seja, quando as vias alternativas (administrativas ou cíveis) não obtiverem êxito.

Conforme assevera LOPES, pelo fato do Direito Penal ser considerado um remédio sancionador extremo, este deve ser utilizado apenas quando se provar ineficiente qualquer outra medida que Estado disponha, decorrendo desta situação o caráter subsidiariedade do Sistema Penal. Desta forma, a legitimação para o uso desta arma não se faz de forma ordinária, como se fosse um instrumento a ser utilizado livre e discricionariamente, e sim de forma extraordinária, constituindo uma verdadeira arma reserva do aparelho estatal.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. vol. 1. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 139.

<sup>18</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 63 - 64.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 64.

Por fim, nas lições de MALHEM, o princípio da subsidiariedade do Direito Penal traduzindo-o:

É também subsidiário o sistema penal, o último soldado de que dispõe o Estado na busca pela paz social. Após terem sido disponibilizados e acionados, sem lograr êxito, as demais esferas de controle social e jurídico, é que atuará o direito penal. Apenas se exige que um comportamento seja punido pelo Direito Penal, se meios mais brandos não forem eficazes na correção.<sup>20</sup>

Sintetizando os dizeres dos autores citados, pode-se concluir que o princípio da fragmentariedade propõe a tipificação apenas das condutas ilícitas mais importantes para a manutenção da sociedade, sendo positivadas aquelas que venham realmente a por em risco a paz social, por isso se diz que, dentre o conjunto de condutas delitivas que se tem conhecimento, apenas alguns fragmentos merecem o tratamento penal. Já o caráter subsidiário do Direito Penalista se justifica pelo fato de este ser o mais invasivo e ofensivo à liberdade individual e outros direitos fundamentais, devendo seu uso ser ponderado, configurando a *ultima ratio*, ou seja, só deverá funcionar quando outras medidas do aparelho estatal não lograrem sucesso na manutenção da paz social, não sendo legítima a sua utilização para punir condutas de baixa lesividade aos bens jurídicos protegidos.

### 2.3.2. Princípio da Intervenção Mínima.

O princípio da intervenção mínima está intimamente ligado aos acima analisados, e postula que a o direito penal só deve intervir nos ataques graves aos bens jurídicos mais importantes, devendo os demais ataques (leves e médios) serem objetos de outras áreas do direito. Pode-se verificar, a partir da curta análise acima, que, enquanto os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade cuidam do aspecto formal da relevância penal do fato criminoso (se este atinge bem relevante em acordo

<sup>20</sup> MELHEM, Patrícia Manente. **Da inaplicabilidade do princípio da insignificância no Direito Penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 42. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17286/PATRICIA%20MANENTE%20MELHEM.pdf?sequence=2>>. Acesso em 10 de julho de 2013.

com os ditames da sociedade em que se vive e se há outro meio de contornar este utilizando-se outras ferramentas de que o Estado dispõe, direito civil ou administrativo), o princípio da intervenção mínima adentra no aspecto material da conduta delituosa, aferindo a relevância desta conduta, ao ponto de traçar sua gravidade à ordem social, de forma que, se for suficientemente grave, deve ser tipificada pelo direito penal, caso não, outro ramo do direito deve tipificá-la como uma infração.

Como aduz MELHEM, este princípio é direcionado na confecção das normas penais, devendo o legislador, ao escolher as condutas a serem positivadas, não perder o norte traçado pela fragmentariedade do direito penal, elegendo aquelas que maculam com mais gravidade a ordem social. Diferencia-se este do princípio da insignificância quanto ao destinatário, sendo o legislador o do primeiro, e o intérprete do direito o do segundo.<sup>21</sup>

Em sua obra, PRADO explanando de forma concisa o princípio ora em estudo, mencionando sua importância para a concepção o Estado de Direito Democrático:

Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficiência. Aparece ele como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado do Direito democrático. O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa.<sup>22</sup>

Percebemos, com as explicações dadas, que o princípio da intervenção mínima é, de certa forma, similar ao princípio da insignificância, já que ambos levam em consideração o conteúdo material para aferição da relevância da ação ou omissão para o Direito Penal. A diferença básica entre os dois é quanto a quem se destinam e quanto ao momento da verificação da importância da conduta para o Direito penalista. O da intervenção mínima se destina ao legislador, que no momento da positivação do crime,

---

<sup>21</sup> MELHEM, Patrícia Manente. **Da inaplicabilidade do princípio da insignificância no Direito Penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 44. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17286/PATRICIA%20MANENTE%20MELHEM.pdf?sequence=2>>. Acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>22</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. vol. 1. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 149.

ou seja, da sua tipificação no Código, mensura o grau de gravidade do comportamento delituoso, estipulando em quais situações se dará a subsunção deste ao tipo penal. Em relação ao princípio da insignificância, a tipicidade formal existe, ou seja, o fato se encaixa perfeitamente nos moldes estabelecidos pelo legislador, entretanto o fato é materialmente irrelevante, por atingir de forma muito leve o bem juridicamente protegido, não alcançando a gravidade necessária para provocar alguma medida do Direito Penal, sendo considerada, por isto, materialmente atípica, cabendo, neste caso, aos intérpretes do direito avaliar a situação fática para aplicação ou não do postulado em comento.

### *2.3.3. Princípio da Irrelevância Penal do Fato.*

Cabe neste tópico tratar de um princípio que muito se assemelha ao da insignificância, quanto ao resultado prático, mas em muito se diferencia desse. Os tribunais pátrios confundem em demasia os dois, aplicando-os sem critérios de distinção, utilizando fundamentos de um princípio e utilizando o outro.

Neste íterim, Luiz Flávio de GOMES, ao tratar dos crimes bagatelares, dividiu-os em dois subtipos, os próprios e os impróprios. Nos primeiros, há incidência do princípio da insignificância, pois estes já nascem com ausência de relevância penal, não havendo um relevante desvalor da ação (falta de periculosidade e de reprovabilidade no fato criminoso, baixa ofensividade) e/ou do resultado jurídico (baixa gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado). No segundo, há incidência do princípio da irrelevância penal do fato, pois estes, apesar de nascerem relevantes para o Direito Penal, verifica-se diante da situação fática a desnecessidade de aplicação de pena.<sup>23</sup>

Assim como no princípio da insignificância, tal princípio da irrelevância penal do fato é destinado ao intérprete do direito, que, diante do caso concreto, irá analisar a possibilidade ou não de aplicação do princípio em tela.

---

<sup>23</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2ªed. Revista dos Tribunais. 2010, p. 21 - 22.



Criticando o princípio em foco, MELHEM aduz:

Outra vez verifica-se um imenso trabalho deixado ao aplicador do direito no caso concreto para delimitar o que seja a irrelevância penal do fato, uma vez que seus critérios são tão (ou mais) indefinidos do que os do princípio da insignificância.<sup>24</sup>

Para GOMES, as circunstâncias de fato e as condições pessoais do agente podem ensejar no reconhecimento de um crime bagatela impróprio, ou seja, na possibilidade de cabimento do princípio da irrelevância penal do fato e, conseqüentemente, na desnecessidade de aplicação de pena. Segundo o autor, o fundamento dispensabilidade de pena encontra-se em vários fatores: “ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc”<sup>25</sup>. Conforme o doutrinador, esses fundamentos tem embasamento legal no art. 59 do Código Penal, devendo o juiz, no momento da aplicação da pena, verificar a necessidade desta.

Cumpra ainda, asseverar a diferença entre o princípio da insignificância e o princípio da irrelevância penal do fato. Nas palavras de GOMES:

Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque a conduta não é juridicamente desaprovada ou porque há um desvalor do resultado jurídico); o princípio da irrelevância penal do fato é causa de excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto). Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (des)necessidade punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (pertinência no momento da aplicação concreta da pena).<sup>26</sup>

Ficou claro a diferença entre princípios ora abordados, sabendo que o da insignificância atinge a tipicidade material do fato delituoso, enquanto o da irrelevância

<sup>24</sup> MELHEM, Patrícia Manente. **Da inaplicabilidade do princípio da insignificância no Direito Penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 46. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17286/PATRICIA%20MANENTE%20MELHEM.pdf?sequence=2>. Acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>25</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2ªed. Revista dos Tribunais. 2010, p. 30.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 36.

penal do fato é direcionado à exclusão de pena, levando-se em conta aspectos da culpabilidade. Sendo assim, verifica-se alcançado o propósito deste tópico, que é diferenciar o princípio da insignificância do princípio da irrelevância penal do fato, delimitando o âmbito de incidência de cada um, a ponto de não confundi-los, e mais a frente, ao analisar a jurisprudência e as decisões dos tribunais pátrios, averiguar se a aplicação de um e de outro é realizada da forma correta por estes.

#### *2.3.4. Princípio da Adequação Social*

O princípio da adequação social, introduzido no direito penal por Hans WELZEI, conforme leciona Assis TOLEDO, trata-se de um princípio geral de hermenêutica, que impossibilita a interpretação de certo tipo ilícito de modo a alcançar determinadas ações lícitas, que aparentam estar inseridas na conduta prescrita, mas são socialmente aceitas e adequadas, não podendo, no entanto, como alerta o autor, confundir “adequação social” com “causa de justificação”.<sup>27</sup>

Esclarece ainda TOLEDO, citando WELZEL, que:

A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica.<sup>28</sup>

Ou seja, a ação socialmente aceita não chega a ser cogitada como crime, apesar de formalmente subsumida ao tipo penal, quando da valoração, não há que se falar em injusto ou antijurídico. Desta forma, MELHEM também entende que o postulado da adequação social é uma causa de excludente da antijuridicidade ou ilicitude, discordando da posição adotada por GOMES, que entende ser uma causa de exclusão da tipicidade. Nas palavras do referido autor:

Com Welzel, então, pela primeira vez, vincula-se o sistema do fato punível com a realidade social e a hermenêutica. A consequência principal dessa conexão foi a construção de mais um critério delimitador do âmbito da normatividade do

<sup>27</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 3ª ed. Saraiva, 1987, p. 87 – 88 e p. 119.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 119 - 120.

tipo penal: por razões sociais (tradição, cultura, costumes de um povo em determinado período histórico) ficam fora do âmbito do proibido (fora da literalidade dos tipos penais) algumas condutas danosas mas só aparentemente típicas (leia-se: não materialmente típicas).<sup>29</sup>

Traçando um paralelo entre o princípio da fragmentariedade e o princípio da adequação social, verifica-se que o primeiro, de acordo com o exposto anteriormente, seleciona, dentre todas as condutas típicas, aquelas que lesam com maior gravidade os bens jurídicos protegidos pelo Estado, aplicando-lhes as sanções penais cabíveis. Complementando este, a adequação social da conduta postula que, apesar de penalmente típicas, determinadas condutas não devem ser consideradas injustas ou antijurídicas, por estarem inseridas no âmbito de aceitação da sociedade, ou seja, dentro da normalidade estipulada pela cultura social. Na primeira, o momento em que a repercussão social da conduta é analisada é antes desta ocorrer, constatando, assim, a necessidade de tipificação ou não da mesma, enquanto, na adequação social, a repercussão social do comportamento formalmente delitivo é verificada após este ocorrer, afastando ou não a tipicidade, para alguns doutrinadores, ou a antijuridicidade, para outros, a depender da aceitação popular da conduta.

#### 2.4. A Tipicidade Penal e o Princípio da Insignificância

Sabendo-se que uma das consequências da aplicação do princípio da insignificância é o afastamento da tipicidade material, é importante trazer a lume noções do desenvolvimento da teoria do tipo e suas implicações na seara criminal.

Na parte final do século XVIII, a doutrina alemã criou a expressão *Tatbestand*, na língua latina, *Corpus delicti*, fazendo nascer o delito com todos os seus elementos e pressupostos de punibilidade. O que atualmente compreendemos por tipo é devido à criação de BELING, 1906 (*Die Lehre von Verbrechen, 1906*), que revolucionou o Direito Penal, constituindo o marco para a reelaboração do conceito analítico de crime<sup>30</sup>. O principal destaque desse doutrinador foi tornar a tipicidade

<sup>29</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 354.

<sup>30</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 3ª ed. Saraiva, 1987, p. 87- 88.

independente da antijuridicidade e da culpabilidade, contradizendo o sentido inicial do *Tatsbestand* inquisitorial, onde não havia essa distinção. Nesse sentido, para BELING, a função do tipo é definir delitos. Após a subsunção do fato à norma penal, passa-se ao segundo plano, onde há a análise valorativa. Em síntese, BELING distinguiu, dentro do injusto objetivo, a tipicidade e antijuridicidade.<sup>31</sup>

O Tratado de Direito Penal de MAYER, publicado em 1915, dá início a segunda fase da teoria da tipicidade. Para este autor, a tipicidade não possui apenas a função descritiva, mas configura indício da antijuridicidade. Mayer mantém a independência entre os dois elementos do crime, tipicidade e antijuridicidade, mas aceita o fato de uma conduta ser típica já ter indícios de antijuridicidade. MAYER entendeu ser a tipicidade o primeiro pressuposto da pena, sendo esta indício da antijuridicidade, que no seu entendimento, era o segundo pressuposto.<sup>32</sup>

Em 1931, vem a público o famoso Tratado de Direito Penal de autoria de MEZGER, trazendo a concepção bipartida do delito. Ao contrário de BELING, em que o tipo era neutro, não havendo valoração na tipicidade, MEZGER inseriu a tipicidade na antijuridicidade. A tipicidade passou a ter um caráter acima do indiciário proposto por MAYER, deixando de ser apenas *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, constituindo um verdadeiro *ratio assendi*, ou seja, a razão de ser desta. Em sendo assim, por se atribuir ao tipo o caráter constitutivo da antijuridicidade, ao negar-se essa, exclui-se a tipicidade.<sup>33</sup>

A teoria causal da ação, denominado o sistema clássico de LISZT-BELING-RADBRUCH por WELZEL, é responsável pela repartição da ação humana em duas partes distintas, a primeira referente a uma vontade interna do agente e a segunda o processo causal, que nos é visível, ou seja, a conduta corporal do agente e seu efeito ou resultado. Para esse sistema, a ação humana é um processo puramente causal originado da vontade do agente externada no mundo exterior. Apesar de consistente para época, a teoria acima descrita começou a perder espaço com a descoberta dos

---

<sup>31</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1.** 13°. ed. Editora Saraiva. 2008, p. 254 - 255.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 255 – 256.

<sup>33</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral 1.** 13°. ed. Editora Saraiva. 2009, p. 192 - 193.

elementos subjetivos do tipo, que inseriu a intencionalidade dentro de ação considerada apenas no âmbito externo (objetivo)<sup>34</sup>.

A doutrina finalista da ação, proposta por Hans WELZEL, revolucionou o direito penal moderno, com a publicação da obra *Kausalität und Handlung* (causalidade e ação), não contradizendo a teoria causalista, mas sim a complementando. Assevera WELZEL que a ação não é um acontecimento puramente causal e sim um acontecimento dirigido a um fim, a uma determinada finalidade, querida pelo agente. Há aqui, a inserção de elementos anímicos ou subjetivos no conceito de ação trazido pela teoria causalista.<sup>35</sup> Sobre o assunto, LOPES discorre:

O tipo penal, como imperativo lógico das premissas filosóficas de H. Welzel, configura a descrição da realidade ordenada e valorada da ação humana, que é regida e formada pela vontade finalista, ou seja, pelo conteúdo do querer do agente. Assim, torna-se evidente que o tipo, por consistir na conceituação da conduta, inclui como dado basilar, o conteúdo da vontade. Fim, isto é, o realmente querido pelo agente, passa a integrar a estrutura do tipo penal. O dolo e a culpa, portanto, constituem dados fundamentais do contexto do tipo penal, que com esse conteúdo, está distante do tipo meramente objetivo e não valorativo de Beling apresentando ao contrário, nuances objetivas e subjetivas.<sup>36</sup>

Desta forma, os tipos confeccionados pelos legisladores são um desenho do processo causal que é regido pela vontade humana. Entretanto, não se trata apenas da vontade pura e simples, e sim da vontade dirigida a uma determinada finalidade, sendo esta levada em conta para aferir a tipicidade ou não da conduta. Vejamos uma situação que esclareça o posicionamento: No crime de disparo de arma de fogo, caso fosse adotada a teoria causalista da ação, a pessoa que dispara uma arma de fogo em meio à multidão de forma aleatória teria o mesmo tratamento daquele que pratica o esporte de tiro ao alvo, mas, adotando-se a teoria finalista, a primeira seria valorada de forma a ser criminalizada, enquanto a segunda seria adequadamente social, pois é uma conduta aceita na sociedade. Verifica-se, diante desse caso, que a intencionalidade presente na conduta interfere na aplicação ou não da norma proibitiva.

Respeitado os esforços de MAYER, MEZGER e WELZEL, a tipicidade permaneceu no mesmo patamar, representando apenas um juízo formal de subsunção

<sup>34</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 3ª ed. Saraiva, 1987, p. 87 – 88.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 89 – 91.

<sup>36</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p - 107

de fatos reais a modelos abstratos, o que sempre pareceu muito distante do ideal e insuficiente diante da subsidiariedade do direito penal.<sup>37</sup>

Assim, entende-se ser perigoso adotar uma perspectiva exclusivamente formal do tipo penal, visto que o a norma proibitiva, sem uma perspectiva material, possui um alcance indesejado, já que abrange condutas socialmente aceitas (as que sofrem incidência do princípio da adequação social) e as insignificantes (as que sofrem incidência do princípio da insignificância).<sup>38</sup>

Para evitar danos causados pela intervenção indesejada do Direito Penal, eis que surge a tipicidade material. Desta maneira, para ser considerado crime, uma conduta, ao mesmo tempo que se amolde formalmente a um tipo legal, deve ser materialmente ofensiva a um bem jurídico tutelado, ou ética e socialmente reprovável.<sup>39</sup> Assim também entende LOPES, que aduz:

Os Objetos de que se ocupam as normas penais têm em comum, segundo a doutrina mais moderna, a nota da gravidade. Assim, o delito materialmente supõe (ou de supor, quando nos Estados democráticos o legislador seleciona corretamente as condutas delitivas) uma conduta gravemente nociva para a sociedade, perturbando consideravelmente bens jurídicos importantes, é dizer, condições mínimas de convivência social de modo reprovável e não justificado e pondo em questão a vigência da ordem jurídica.<sup>40</sup>

A perspectiva material do tipo abre espaço para aplicação de dois importantes princípios que lapidam o princípio da legalidade: o da adequação social, que já foi abordado no item anterior, e o da insignificância que será abordado no item seguinte.

## 2.5 O Princípio da Insignificância

<sup>37</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p – 110.

<sup>38</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 3ª ed. Saraiva, 1987, p. 116 – 117.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 118 – 119.

<sup>40</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 110.

O princípio da insignificância, introduzido por Claus ROXIN no sistema penal tem como escopo excluir determinadas condutas do âmbito de incidência do direito penal, tornando-as materialmente atípicas, por produzirem lesões de baixas proporções. Este princípio ressalta a natureza fragmentária do direito penal, pois este só deve intervir onde for necessário para tutelar certos bens jurídicos, não se devendo ocupar de bagatelas.<sup>41</sup>

O princípio da insignificância guarda uma relação de intimidade com o princípio da subsidiariedade. Este último, já analisado, postula que o direito penal é a arma extraordinária de que o estado dispõe para manter a ordem social diante de lesões graves a bens jurídicos tutelados quando outros segmentos do direito se mostrarem ineficazes para tanto. Sendo assim, o sistema penal é ultima arma a qual o Estado deve recorrer para intervir nas liberdades individuais em detrimento da tutela do bem jurídico resguardado pelo direito, ou seja, a *ultima ratio*. O princípio da insignificância, em outra via, postula que, embora determinada conduta se subsuma a um tipo penal, ou seja, se amolde a figura traçada pelo legislador, ela não lesa o bem jurídico tutelado pelo tipo o suficiente para necessitar de uma intervenção do direito penal. Assim, entende-se que os dois princípios são responsáveis por tornar o direito penal o último recurso jurídico sancionador a ser utilizado pelo Estado, devendo este cuidar apenas das lesões mais graves. Entretanto, o princípio da subsidiariedade evoca outros ramos do Direito para incidir sobre determinadas condutas que não devem sofrer incidência do direito penal, pela baixa lesividade, enquanto o princípio da insignificância aponta o foco para a norma penal, fazendo esta incidir ou não sobre determinada conduta, a depender do grau da lesão infligida ao bem jurídico protegido.

O princípio da insignificância não atua no plano abstrato, sempre incidindo no caso concreto, a depender das circunstâncias desse, assim como assevera Fernando CAPEZ:

Tal princípio deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas especificidades. O furto, abstratamente, não é uma bagatela, mas subtração de um chiclete pode ser. Em outras palavras, nem toda conduta subsumível ao art. 155 do Código Penal é alcançada por este princípio, algumas sim, outras não. É um princípio aplicado no plano concreto, portanto.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 3ª ed. Saraiva, 1987, p. 121.

<sup>42</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1**. 13ª ed. Editora Saraiva. 2009, p. 10.

Hodiernamente, não há critérios legais definidos para aplicação do princípio em questão, ficando a cargo do juízo de valor que interprete da norma e do fato adote. Apesar da não definição legal, o STF vem entendendo que, para ser aplicado, o princípio da insignificância requer: ausência de periculosidade social da ação, a mínima ofensividade do comportamento do agente, a inexpressividade do dano causado ao bem jurídico tutelado, e a ausência de reprovabilidade da conduta. Vejamos um trecho do acórdão que define estes requisitos, cujo relator foi o Min. Celso de MELLO:

(...)Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.(...)<sup>43</sup>

A despeito da aplicação do princípio da insignificância no crime que logo mais será abordado, o de estelionato contra a previdência social, este teve sua aplicação vetada pelo Min. Dias TOFFOLI no delito em tela, sem uma análise minuciosa do caso concreto, levando-se em conta a situação combatida da Previdência e o alto grau de reprovabilidade da ação, o que será vislumbrado mais a diante, no capítulo três.

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Habeas Corpus 84.412/SP. Impetrantes: Bill Clayton e Luiz Emanuel Gomes Junior. Impetrado Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Melo– Segunda Turma. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/14740599/habeas-corpus-hc-84412-sp> >. Acesso em 20 de junho de 2013.



### 3 DO CRIME DE ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Antes de tudo, exploraremos o crime de estelionato, inserido no Código Penal em seu Título II, dos Crimes Contra o Patrimônio, no Capítulo VI, do Estelionato e outras Fraudes, mais especificamente no art. 171. Adentraremos nas especificidades do cometimento deste delito em face da Previdência Social, abordando conceito, classificação doutrinária, para, finalmente, discorrer sobre a incidência do princípio da insignificância nesse delito.

#### 3.1. Dos crimes contra o Patrimônio

O Título II do Códex Penal tutela o patrimônio da pessoa física ou jurídica, não se confundindo este com a propriedade, por ser este mais restrito que aquele.<sup>44</sup> Ademais, preferiu-se a expressão patrimônio por esta razão, seguindo o exemplo de outros Códigos da atualidade.<sup>45</sup>

Sob o enfoque jurídico, compreende-se patrimônio pelo complexo de relações jurídicas de uma pessoa que seja mensurável em dinheiro ou tenha valor econômico. O patrimônio é considerado, no geral, uma universalidade de direitos – *universitas juris* – sendo esta uma unidade abstrata, distinguível dos elementos que a integram. Extrapolando o conceito dado pelo direito privado, há uma noção econômica de patrimônio, onde este é entendido como o conjunto de bens, por meio dos quais o homem satisfaz suas necessidades. Em todos esses conceitos, é comum o sentido econômico das coisas ou relações que compõe o patrimônio, os quais devem possuir valor econômico.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Vol. 2.** 25<sup>o</sup> ed. Saraiva. 1991, p. 202

<sup>45</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 1.** 10<sup>o</sup> ed. Forense. Rio de Janeiro. 1988, p. 307.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 307.

Tratando ainda do conceito de patrimônio, Edgard Magalhães NORONHA adverte:

Embora seja uma universalidade, nem todos os direitos entram em sua esfera. Com efeito, para o direito civil, só são patrimoniais os direitos e obrigações de valor econômico, e como há direitos e obrigações que não podem ser avaliados pecuniariamente, resulta que estes ficam fora do patrimônio. Assim os direitos individuais. Assim os direitos individuais concernentes à liberdade, à honra, e à vida, ainda que suscetíveis de reparação pecuniária, quando lesados; os direitos de família, o pátrio poder, o poder marital, a tutela etc.; os direitos políticos e os referentes ao estado da pessoa.<sup>47</sup>

A doutrina ainda é dividida ao tratar da existência de crime patrimonial quando o bem jurídico atingido é algo não apreciável em dinheiro. Heleno Claudio FRAGOSO<sup>48</sup> dispõe que, ao adotar a concepção civilística de patrimônio, não se pode entender que uma conduta seja considerada crime quando o bem atingido não possui valor econômico, apenas sentimental. Tomando como exemplo, o furto de uma carta de amor guardada em um cofre. Em contrapartida, NORONHA<sup>49</sup> aduz que o conteúdo do patrimônio no direito penal não se assemelha com o do direito civil, podendo o bem jurídico atacado ter valor exclusivo para o proprietário, levando-se em conta a afeição pelo objeto.

A proteção penal conferida pelos crimes estabelecidos no Título II é exercida em cima do patrimônio, que compreende os direitos reais e os direitos obrigacionais. Os direitos reais recaem sobre as coisas, como a propriedade (poder conferido ao titular da coisa de possuir, usar, fruir e dispor como bem entender), e a posse, que se caracteriza pelo exercício de fato de alguns dos poderes referentes ao proprietário. Em análise rápida ao Código penalista, verifica-se que a maioria dos dispositivos tutelam os bens móveis. Os direitos obrigacionais são os originados de uma relação jurídica, em que um determinado indivíduo, intitulado como devedor, deve determinada prestação a outro indivíduo, esse intitulado de credor, sendo tal prestação consistente em uma ação ou omissão.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Vol. 2.** 25<sup>o</sup> ed. Saraiva. 1991, p. 203.

<sup>48</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 1.** 10<sup>o</sup> ed. Forense. Rio de Janeiro. 1988, p. 308.

<sup>49</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Vol. 2.** 25<sup>o</sup> ed. Saraiva. 1991, p. 203.

<sup>50</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 1.** 10<sup>o</sup> ed. Forense. Rio de Janeiro. 1988, p. 309.

Sabe-se que o Direito Civil também tutela as relações jurídicas patrimoniais, estando contidas no Código Civil situações que poderiam perfeitamente ser abrangidas pelo Código Penal. À exemplo, Dolo (artigo 145 e seguintes, do Código Civil) e a Lesão (artigo 157 e seguintes, do Código Civil) poderiam ser facilmente confundidos com a figura do Estelionato (artigo 171, do Código Penal), pois envolvem meios fraudulentos de se obter vantagem indevida. O que os separa então? Como definir se determinada conduta está apenas inserida no âmbito de proteção civil?

NORONHA tenta explicar da seguinte forma:

(...). Compreendido destarte o assunto, pode afirma-se não haver crime patrimonial sem dano. O outro requisito desses crimes é a *ilicitude*, sem a qual também não haverá delito contra o patrimônio. Com efeito, tão-só o dano patrimonial não pode caracterizar esse crime. Há danos patrimoniais que só dão lugar a reparações civis e que longe estão de constituir crimes: assim, o mandatário que de boa-fé prejudica o mandante, o inquilino que sem dolo danifica a casa locada etc. É preciso ocorrer a ilicitude, que se consubstancia no dissenso da vítima. Não há crime patrimonial com aquiescência do ofendido.<sup>51</sup>

Ainda em cima dessa temática, verifica-se, além do que foi dito pelo doutrinador acima, a necessidade de lembrar o que foi visto no capítulo anterior acerca do princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Nesse ínterim, vale lembrar que o Direito Penal só deve ir onde o outro ramo do Direito, no caso o Civil, não conseguir solucionar ou reequilibrar a ordem jurídica que foi maculada pelo ilícito. Como exemplo tomemos uma situação em que determinada pessoa vende um carro com problemas mecânicos, estes omitidos, que em um futuro gerarão prejuízos ao comprador. Nessa situação, a incidência do Direito Civil bastaria, reparando os danos materiais com o pagamento em pecúnia, sendo dispensada uma sanção penal ao caso, pois seria exagero uma sanção desse calibre. Por outro lado, no caso em que uma pessoa é totalmente ludibriada, sendo astutamente enganada por uma pessoa que finge está vendendo um carro, que na realidade não existe, estaremos diante de uma conduta mais gravosa, da figura típica do estelionato, onde uma simples reparação de danos não serviria para solucionar a situação criada, havendo necessidade de uma sanção penal juntamente com uma civil (reparatória), para restaurar a desordem social que a conduta cominou.

---

<sup>51</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Vol. 2.** 25<sup>o</sup> ed. Saraiva. 1991, p. 205.

Desta forma, entende-se que para definir se certa conduta configura um ilícito penal ou apenas um ilícito civil deve-se levar em conta a gravidade da ação ou omissão e sua repercussão no seio social, ou seja, o quanto esse comportamento vai afetar a paz social.

### 3.2. Do Estelionato

#### 3.2.1. Considerações Preliminares

O delito hodiernamente nomeado de estelionato era desconhecido no Direito Romano, sendo este integrado ao que se denominava de *dolus malus*, que era, assim como a *fraus* e o *metus*, delito privado de criação pretoriana. As ações que envolviam astúcia, falácia ou qualquer outro modo de iludir ou enganar outrem esta enquadrada nos delitos tipificados. Assim, da ação pretoriana de dolo (*actio doli*) quem surgiu o estelionato no Direito Penal Público.<sup>52</sup>

No século II depois de Cristo, em Roma, no período do império, surgiu tipo genérico do *stelionatus*, que deriva da palavra *stellio* (camaleão), como um crime extraordinário, com o intuito de englobar todos os casos em que fosse adequado à figura do *actio doli*, e que ao mesmo tempo não se encaixasse a nenhum outro crime contra o patrimônio.<sup>53</sup>

No direito intermédio, o estelionato ainda era considerado como delito suplementar, seguindo ainda os parâmetros romanos, abrangendo todas as ações que não configuravam furto ou falsidade, sendo, portanto, desprovido de objeto próprio. Somente no final do século XVIII, foi o estelionato reconhecido como instituto

---

<sup>52</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 1.** 10<sup>o</sup> ed. Forense. Rio de Janeiro. 1988, p. 444.

<sup>53</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3.** 5<sup>o</sup>. ed. Editora Saraiva. 2009, p. 227.

independente, com uma variedade de nomes e noções distintas, não se assemelhando mais à falsidade como crime contra o patrimônio.<sup>54</sup>

Já em 1810, o uso de manobras fraudulentas para o ganho de vantagem patrimonial já era prevista no Código Penal francês em seu art. 405. O crime em tela, nessa época, já estava presente em vários países europeus, apesar de utilizarem nomes diversos, havia um aspecto comum em todos eles, a manobra fraudulenta para enganar ou iludir. Na Itália, o Código Toscano o denominava *frode*, enquanto na Espanha e em Portugal eram *estafa* e *burla*, respectivamente; já na Alemanha era *betrug* (engano).<sup>55</sup>

Já no Brasil, as Ordenações Filipinas já previam o estelionato, denominado de burla ou inliço, sendo, posteriormente, adotado o nome estelionato no Código de 1830, que foi mantido no Código Penal de 1890, seguindo assim até o atual Código. Melhor explanando sobre o assunto, de forma sintética, FRAGOSO expõe:

Nas ordenações Filipinas, este crime se chamava de burla ou inliço (Liv. V, tit. 665), sendo-lhe cominada pena de morte, se o prejuízo era superior a vinte mil réis. O código de 1830, como o nome de estelionato, que é, portanto, antigo no Direito Penal brasileiro, previa várias disposições no art. 264, punindo em geral “todo e qualquer artifício fraudulento, pelo qual se obtenha de outrem toda sua fortuna ou parte dela, ou quaisquer títulos”. O CP de 1890, com o mesmo critério casuísta, definia onze modalidades de estelionato, no art. 338, entre as quais havia um caráter genérico, pessimamente construída: “usar de artifício para surpreender a boa-fé de outrem, iludir a sua vigilância, ou ganhar-lhe a confiança; induzindo-o em erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito”.

Hodiernamente, o crime de estelionato está previsto no artigo 171 do Código Penal Brasileiro:

**Art. 171** – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.<sup>56</sup>  
(...)

<sup>54</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 1.** 10<sup>o</sup> ed. Forense. Rio de Janeiro. 1988, p. 445.

<sup>55</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3.** 5<sup>o</sup>. ed. Editora Saraiva. 2009, p. 227.

<sup>56</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 22 de junho de 2013.

Aqui, como ressalta NORONHA, não é mais a agressão à determinada coisa ou pessoa o meio de ataque ao patrimônio, e sim a astúcia, o engodo, que, sem despertar a desconfiança da vítima, viola certos direitos desta, atingindo-a de modo sorrateiro. Essa é a modalidade criminal do civilizado, daquele que não tolera o derramamento de sangue, sendo um verdadeiro indício do afastamento do homem de sua origem animal.<sup>57</sup>

### 3.2.2. Fraude Penal e Fraude Civil

Para melhor compreendermos o delito de estelionato, faz-se necessário a discussão sobre a diferença entre a fraude penal e fraude civil, se é que se pode diferenciar ontologicamente uma da outra. De toda forma, é importante vislumbrarmos essa diferença, para visualizarmos a incidência do princípio da subsidiariedade juntamente com da insignificância em determinadas situações do cotidiano, já que, ao afastarmos o alcance do Direito Penal de certo fato, outro ramo do direito deve tutelar este.

Ao que parece, para NORONHA, não há diferença entre os institutos da fraude penal para o da civil no campo ontológico, sendo a fraude apenas uma, não se podendo fixar um característica distintiva aprioristicamente. Não há teoria que ofereça critérios seguros e constantes que demonstre a diferença essencial entre essas fraudes.<sup>58</sup>

Longe de dizer que existam fraudes não puníveis, o que se quer mostrar aqui é que há fraudes, dentre a infinidade de tipos de casos fraudulentos existentes em nossa sociedade, em que é desnecessária a incidência do direito penal e a aplicação de suas penas, como se verifica nas Varas Cíveis do país, em que há milhares de fraudes em contratos e relações de negócios que são discutidas apenas no âmbito civil. Assim sendo, pode-se dizer que existem fraudes que não entram no âmbito do direito

---

<sup>57</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Vol. 2.** 25<sup>o</sup> ed. Saraiva. 1991, p. 359.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 361.

sancionador, graças ao princípio da subsidiariedade que foi explicado no capítulo anterior, e, se assim não fosse, seria difícil encontrar uma negociação ou um contrato em que não estivesse presente uma fraude ou ardil passível de sanção penal, já que, nessas relações cíveis são bem comuns os pequenos ardis.<sup>59</sup> Aduzindo sobre a arte do comércio e das relações cíveis e as pequenas “fraudes”, aceitáveis socialmente, BITENCOURT versa da seguinte forma:

Comerciar é a *arte de negociar*, de tirar vantagem econômica do negócio ou qualquer transação que se realize; esse aspecto encerra um jogo de inteligência, de astúcia, uma espécie de brincadeira de esconde-esconde, donde resultou a expressão popular de que “o segredo é alma do negócio”. Em outros termos, é normal, nas transações comerciais ou civis, certa dose de malícia entre as partes, que com habilidade, procuram ocultar eventuais deficiências de seu produto para, assim, realizar um negócio mais lucrativo ou vantajoso. (...).<sup>60</sup>

Então, quando seria que essa manobra ou habilidade comumente utilizada na vida civil ultrapassaria os limites do moralmente legítimo, penetrando, assim, no campo do ilícito penal, transformando tal conduta em uma tipificada penalmente? Essa pergunta a doutrina moderna não arrisca a responder de forma abstrata, trazendo critérios e requisitos diferenciadores de uma fraude para outra. Várias foram as teorias criadas para elucidar tal diferença, entretanto, os argumentos não apresentaram conteúdo científico suficiente que dessem por fim tal discussão.

FRAGOSO<sup>61</sup>, NORONHA<sup>62</sup> e BITENCOURT<sup>63</sup> parecem chegar a uma mesma conclusão, a de que não há uma diferença ontológica entre fraude civil e fraude penal, sendo as teorias expostas pelos diversos autores insuficientes para mostrar, em abstrato, a diferença entre uma e outra, de forma que desse segurança aos intérpretes do direito. Os três autores supracitados são uníssonos ao aduzirem que se trata apenas do grau de intensidade que torna diferente uma fraude da outra, devendo o juiz, ao aplicar a norma penal, fazer o juízo de valor, decidindo o imbróglio. FRAGOSO aduz

<sup>59</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Vol. 2.** 25º ed. Saraiva. 1991, p. 361.

<sup>60</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3.** 5º. ed. Editora Saraiva. 2009, p. 229 - 230.

<sup>61</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 1.** 10º ed. Forense. Rio de Janeiro. 1988, p. 448.

<sup>62</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Vol. 2.** 25º ed. Saraiva. 1991, p. 361.

<sup>63</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3.** 5º. ed. Editora Saraiva 2009, p. 231.

ainda que doutrina evolui no sentido de abandonar tal discussão, concluindo da foram exposta acima, conforme se verifica na seguinte passagem:

A doutrina moderna evolui no sentido de abandonar a discussão deste problema. Reconhece-se que não há diferença ontológica entre a fraude penal e a fraude civil. Trata-se apenas de questão de grau ou de quantidade, a ser resolvida, em última análise, pela apreciação do juiz, que deverá considerar o conjunto das circunstâncias do fato, inclusive a capacidade das partes e suas limitações.<sup>64</sup>

Destarte, encerra-se tal discussão reconhecendo não haver distinção entre fraude civil e fraude penal que possamos aferir de forma apriorística e abstrata, deixando a então diferenciação para o campo do caso concreto, em que se possa analisar uma série de variáveis capazes de induzir o pensamento do juiz a escolher se o fato se encaixa no tipo de fraude civil, bastando as sanções desta área do direito para solucionar o litígio, ou no tipo de fraude penal, sendo necessário a aplicação das penas previstas na figura típica.

### 3.2.3. *Bem Jurídico Tutelado e Sujeitos do Delito*

A tipificação do delito de estelionato tem como especial missão tutelar o patrimônio em relação aos atentados efetuados mediante fraude. Assim sendo, a inviolabilidade patrimonial é o interesse, ou, diga-se, o bem juridicamente tutelado e, de forma secundária, a proteção do sentimento de boa-fé que deve prosperar dentro das relações jurídicas na sociedade, afinal, a boa-fé é algo que se presume dentro dos negócios jurídicos, devendo esta ser preservada para que não impere o princípio da desconfiança nessas relações.

Por ser o crime do homem civilizado, como aduzido anteriormente, e diante da evolução constante da sociedade, do ponto de vista econômico, rumo a uma quantidade incomensurável de relações num curto espaço de tempo, que é proporcionada pelo avanço dos meios de comunicação, faz-se necessário a sustentação do princípio da boa-fé nessas relações, sendo sua preservação do

---

<sup>64</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 1.** 10<sup>o</sup> ed. Forense. Rio de Janeiro. 1988, p. 448.



interesse público, logo se vê o Código Penal Brasileiro tipificando condutas que a maculam. Explanando sobre o assunto, NORONHA expõe da seguinte forma:

(...). Tutela o dispositivo a inviolabilidade patrimonial. É o estelionato, como já ficou dito, a forma de criminalidade evolutiva, crime do homem civilizado e que toma vulto com o progresso e o desenvolvimento. O mundo moderno oferecelhe, destarte, *clima* propício, pela multiplicidade de relações jurídicas que a expansão econômica e o desenvolvimento das atividades humanas impõem. Ora, o equilíbrio e a harmonia social exigem que essas relações se assentem sobre o pressuposto da boa-fé, e daí o objetivo particular da lei de tutelá-la, ameaçando com a pena as violações da lisura, da honestidade, que, como imperativo constante, deve reinar nas relações jurídicas, em torno das quais a vida hodierna se agita. Esse interesse é eminentemente social, pelo que somos dos que pensam que a tutela do dispositivo não se dirige tanto a proteger a boa-fé *individual* no negócio jurídico – já que aceitamos que o crime existe ainda que a vítima não se tenha havido com grande lisura – mas é inspirada no *interesse público* de reprimir de qualquer maneira a fraude causadora do dano alheio.<sup>65</sup>

Visto isso, cumpre lembrar o conceito de patrimônio anteriormente citado, sendo este o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa que possuam um valor economicamente aferível. Sobre o assunto, Carlos Roberto GONÇALVES leciona da seguinte forma, citando CLÓVIS Beviláqua:

*Patrimônio*, segundo a doutrina, é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico. CLÓVIS, acolhendo essa noção, comenta:” Assim, compreendem-se no patrimônio tanto os elementos ativos quanto os passivos, isto é, os direitos de ordem privada economicamente apreciáveis e as dívidas. É a atividade econômica de uma pessoa, sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica da personalidade civil”. O patrimônio restringe-se, assim, aos bens avaliáveis em dinheiro. Nele não se incluem as qualidades pessoais, como capacidade física ou técnica, o conhecimento, a força de trabalho, porque são considerados simples fatores de obtenção de receitas, quando utilizados para esses fins, malgrado a lesão a esses bens possa acarretar a devida reparação.<sup>66</sup>

No plano secundário, resta tutelado a boa-fé, a veracidade a fidelidade dentro das relações negociais e jurídicas, onde se encontram o substrato fático para o cometimento do crime de estelionato. Nas palavras de Maria Helena Diniz, que discorre acerca boa-fé:

(...) *boa-fé* (CC, arts. 113, 187 e 422), intimamente ligado não só à interpretação do contrato – (...) – mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter), denodo e confiança recíproca, isto é, proceder com boa-fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas,

<sup>65</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Vol. 2.** 25<sup>o</sup> ed. Saraiva. 1991, p. 362.

<sup>66</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral. Vol. 1.** 9<sup>a</sup> ed. Saraiva. 2011, p. 279.

procurando o equilíbrio nas prestações, respeitando o outro contratante, não traindo a confiança depositada, procurando cooperar, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc.<sup>67</sup>

Quanto aos sujeitos do crime de estelionato, o artigo 171 de do Código Penal Brasileiro não faz nenhuma menção específica a quem deve estar no polo passivo ou no polo ativo do crime. Em sendo assim, deduz-se que o sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, ou seja, não há necessidade de a pessoa que cometer o crime possuir qualquer característica específica, bastando estar apto a realizar a conduta delitiva. Segundo PRADO, como a vantagem ilícita pode ser captada por terceiro, caso esta esteja ciente do ilícito penal, ela será tida como coautora, não sendo necessário que ela atue materialmente para a consumação do ato de obtenção de vantagem. Até mesmo o coproprietário do objeto do crime pode ser tido como sujeito ativo, desde que a vantagem obtida se dê na quota parte excedente a deste.<sup>68</sup>

Não havendo especificidade quanto a nenhuma dos sujeitos no crime de estelionato, resta óbvio que o sujeito passivo do delito capitulado no artigo 171 do CP pode ser qualquer pessoa, natural ou jurídica, sendo esta quem sofre o prejuízo patrimonial. Há possibilidade de ocorrer uma distinção entre a pessoa que é enganada e a titular do objeto sobre o qual recaiu a conduta ilícita do sujeito ativo. É fácil vislumbrar essa hipótese quando se tem um estabelecimento comercial, no qual o funcionário é ludibriado, mas quem sofre as consequências do delito é o comerciante empregador. PRADO aduz ainda que, caso o ludibriado seja obrigado a cobrir os valores danos oriundos do crime, este será o sujeito passivo do crime, mas, no caso em que o proprietário suporte as consequências do ilícito, esse configurará no polo passivo do crime, mesmo que não tenha sido vítima do ato propriamente dito.<sup>69</sup> Na mesma linha de pensamento, NORONHA versa:

(...) Não há dúvida de que o nexa causal entre o erro e a lesão ao patrimônio, porém isso não importa seja a mesma pessoa que os suporte. Muita vez quem pode proporcionar diretamente a vantagem ilícita ao agente não é o proprietário ou o senhor dela, e, por essa circunstância, a fraude do agente há de ter por fim aquela pessoa. Obtida a vantagem, se o iludido não é obrigado a juridicamente responder para com o proprietário, deste será o dano, e ele o sujeito passivo desse dano. A pessoa ilaqueada em sua boa-fé é o sujeito passivo do erro;(...)<sup>70</sup>

<sup>67</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 3.** 26ª ed. Saraiva. 2010, p. 31 - 33.

<sup>68</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial. Vol. 2.** 4º ed. Revista dos Tribunais. 2005, p. 579.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p – 579.

<sup>70</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Vol. 2.** 25º ed. Saraiva. 1991, p. 363.

É importante salientar que o delito previsto no artigo 171 do Código Penal Brasileiro requer um sujeito passivo determinado, ou seja, esta modalidade delituosa não comporta uma ação que seja perpetrada em desfavor de pessoa incerta, pois, então, estaríamos diante de um crime contra a economia popular ou contra as relações de consumo, conforme aduz PRADO.<sup>71</sup>

Além disso, é pertinente que se discorra sobre a necessidade da vítima do crime de estelionato possuir capacidade, já que, para que exista o crime de estelionato é preciso haver fraude, enganando a vítima de forma ardilosa ou a mantendo em erro que já exista. Assim, o iludido deve possuir capacidade para ser enganado. Desta forma, uma pessoa sem discernimento ou um menor que não possua capacidade para as relações cívicas não pode ser o sujeito passivo do crime de estelionato. Esse juízo de valor sobre a capacidade cumpre ao juiz no caso concreto, devendo se aferir esta para o enquadramento correto da conduta delituosa, pois, segundo a maioria da doutrina, caso reste comprovado a ausência de capacidade do sujeito passivo, será crime de furto, ou mesmo de abuso de incapazes, mas não de estelionato.

#### *3.2.4. Adequação Típica e Classificação Doutrinária*

A ação descrita no tipo capitulado no artigo 171 do Código Penal Brasileiro é obter vantagem ilícita, podendo ser esta vantagem direcionada para o próprio fraudador ou para terceiro, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante ardil ou artifício ou qualquer outro meio que possa enganar a vítima. A base do crime de estelionato reside na fraude, utilizada para induzir ou manter em erro determinada pessoa, com o fim maior de ter pra si certa vantagem ilícita de cunho patrimonial.

Neste crime, existe uma relação causal dupla. Há primeiro o engano da vítima mediante a fraude, consistindo na primeira relação, e, após, há segunda relação, sendo o erro como causa, e a obtenção de vantagem ilícita e o dano ao patrimônio

---

<sup>71</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial. Vol. 2.** 4<sup>o</sup> ed. Revista dos Tribunais. 2005, p. 579.

causado por esta como o efeito. É imprescindível que a vantagem ilícita adquirida com a conduta tenha origem a partir do erro produzido pelo agente, ou seja, que a relação causa-consequência esteja presente nesses dois elementos. Por ser crime material, para que reste configurada a conduta delituosa, faz-se necessário que a ação tenha por resultado a obtenção de vantagem ilícita e prejuízo da vítima.<sup>72</sup>

Destrinchando o crime de estelionato, consegue-se extrair três elementos necessários para que este reste configurado, sendo: a) o emprego de um meio fraudulento, podendo ser o ardil, um artifício, ou qualquer outro tipo; b) o induzimento ou a manutenção do prejudicado em erro; e c) a vantagem ilícita e o prejuízo da vítima como resultado do engano.<sup>73</sup>

Para ludibriar a vítima, o artigo 171 do Código Penal aduz ser necessário o emprego de ardil, artifício ou qualquer outro meio fraudulento. Faz-se necessário então saber do que se tratam essas espécies de fraude. Ardil, nas palavras de PRADO é:

(...) a astuta aplicação de meios enganosos, revestida de uma forma intelectual. Atua sobre a inteligência ou sentimento da vítima, desvirtuando a realidade fática em torno daquilo que objetiva o agente, persuadindo o sujeito passivo a acreditar que a falsa aparência lógica ou sentimental montada por aquele é verdadeira, levando-o, por conseguinte a incorrer ou a manter em erro, com a consequente vantagem ilícita e lesão patrimonial.<sup>74</sup>

Já o artifício, trata-se de uma simulação ou dissimulação idônea para conduzir a pessoa ao erro, levando esta a um mundo que não existe, uma falsa imagem da realidade, ou seja, a pessoa possui a impressão errada da realidade a sua volta. Esta técnica pode-se dar tanto na modalidade comissiva ou omissiva, explícita ou implícita, se desenvolvendo através de qualquer meio de comunicação utilizado pelo homem, podendo ser por meio de gestos, palavras, e até do próprio silêncio.

Com a expressão “qualquer outro meio fraudulento”, o artigo 171 do Código Penal mostra que, ao citar ardil e artifício, está apenas dando exemplos de formas fraudulentas de iludir a vítima, tratando-se, desta forma, o estelionato de crime de forma livre, não vinculada a qualquer meio de ação específica. Destarte, a criatividade

---

<sup>72</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3.** 5º. ed. Editora Saraiva. 2009, p. 232.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>74</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial. Vol. 2.** 4º ed. Revista dos Tribunais. 2005, p. 582.

humana é que vai ditar as modalidades de estelionato, podendo variar a medida que aquela evolui.

O meio fraudulento deve ser idôneo o bastante para ludibriar a vítima, ou seja, este deve possuir potencial o suficiente para enganar a vítima. Sendo inidôneo o meio fraudulento utilizado, este pode ser classificado em relativamente ou absolutamente inidôneo, tendo como consequências as seguintes: caso seja classificado como relativamente, poderá configurar tentativa de estelionato, caso seja absolutamente, não existirá crime, por tratar-se de crime impossível, por absoluta ineficácia do meio empregado.<sup>75</sup>

Passa-se agora para a análise do elemento “induzimento ou manutenção da vítima em erro”. Induzir alguém em erro significa fazer brotar na mente da vítima, incutir, ou persuadir a pessoa de modo que esta passa a ter uma falsa noção do mundo real. Já manter a vítima em erro, indica que esta já tem uma falsa percepção da realidade, de modo voluntário ou não, e o agente, neste caso, apenas age de modo a deixa-la iludida. Sobre erro, FRAGOSO leciona da seguinte forma:

*Erro é a falsa representação ou o desconhecimento da realidade. O Erro da vítima deve ter relação direta com a manobra fraudulenta. Pode não ser causada pelo agente (na hipótese de manutenção em erro) bastando aqui o silêncio. Em regra, porém, o erro é determinado pela atividade do agente, que o provoca através de sua ação no sentido de causar o engano da vítima, levando-a a falsa representação da realidade. (...).*<sup>76</sup>

Desta forma, verifica-se que o erro, uma avaliação equivocada feita pela vítima, em razão da conduta adotada pelo agente, seja a de induzimento ou a de manutenção (que ocorre quando a vítima já se encontra em erro) é elemento necessário para dar seguimento a conduta delituosa, já que este vai proporcionar a obtenção de vantagem ilícita.

Assim, analisa-se agora o elemento normativo indispensável para a configuração do crime em estudo, que seja a “obtenção de vantagem ilícita em prejuízo

---

<sup>75</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3.** 5°. ed. Editora Saraiva. 2009, p. 233.

<sup>76</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 1.** 10º ed. Forense. Rio de Janeiro. 1988, p. 450.

alheio”. Sendo esta a conduta nuclear do tipo, exige-se que a conduta perpetrada pelo agente produza dois resultados, a vantagem ilícita e o prejuízo alheio.<sup>77</sup>

A vantagem ilícita é todo e qualquer benefício ou proveito que seja contrário ao ordenamento jurídico, sendo dominante o entendimento doutrinário de que tal vantagem não precisa ser estritamente econômica, já que o legislador, ao contrário do que dispôs no crime de extorsão (“indevida vantagem econômica”)<sup>78</sup>, artigo 158 do Código Penal, não tornou restrita a hipótese da vantagem ilícita, no crime de estelionato, ter outra natureza. Ao mesmo tempo em que o agente obtém para si a vantagem ilícita, deve-se observar um prejuízo à vítima, que importa em uma lesão ou dano ao patrimônio do sujeito passivo. E conforme leciona PRADO, o prejuízo deve ser efetivo, concreto, não sendo o bastante o dano potencial, devendo este ainda possuir valor econômico, apreciável patrimonialmente. A dilapidação do patrimônio da vítima e a obtenção de vantagem indevida devem estar presentes na conduta, de forma indissociável, pois, ausentes uma delas, restará atípica a conduta.<sup>79</sup> Assevera ainda BITENCOURT que a vantagem deve ser injusta, indevida ou ilegal, sob pena de afastar o tipo delitivo do estelionato, pois, se justa for a vantagem obtida pela ação do agente, estar-se-á diante do crime tipificado no artigo 345 do Código Penal, exercício arbitrário das próprias razões.<sup>80</sup>

Passado a análise sobre os elementos objetivos do tipo, faz-se necessário um breve comentário sobre o elemento subjetivo do crime em estudo. Para ser perpetrado, o crime de estelionato deverá ser cometido de forma dolosa, caracterizado pela vontade livre e consciente de enganar, iludir ou ludibriar, utilizando-se qualquer meio fraudulento, para ao fim se obter vantagem ilícita de qualquer natureza, causando prejuízo alheio. Quanto a modalidade culposa, esta não foi prevista no crime em comento.

---

<sup>77</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3.** 5°. ed. Editora Saraiva. 2009, p. 234.

<sup>78</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 22 de junho de 2013.

<sup>79</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial. Vol. 2.** 4º ed. Revista dos Tribunais. 2005, p. 580.

<sup>80</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3.** 5°. ed. Editora Saraiva. 2009, p. 237.

É necessário também que o agente tenha consciência de que a vantagem obtida por meio da ação fraudulenta seja indevida, ilegal, injusta, pois, caso contrário, o agente estará cometendo o crime previsto no artigo 345 do Código Penal. Faz-se necessário ainda o especial fim de agir, conforme aduz BITENCOURT, que é a finalidade de obter vantagem ilícita, pois a simples vontade de causar dano patrimonial a outrem descaracteriza o crime de estelionato.<sup>81</sup>

Finalizada a breve análise sobre os elementos subjetivos do tipo, cumpre aduzir sobre a classificação doutrinária dada ao crime. De forma sintética, BITENCOURT dispõe da seguinte forma:

Trata-se de crime *comum* (não necessita de qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo); *material* (exige resultado naturalístico, consistente em dano patrimonial); *doloso* (não admite modalidade culposa); *instantâneo* (resultado se produz de imediato; sua execução não se alonga no tempo); *de forma livre* (pode ser praticado livremente, com qualquer meio escolhido pelo sujeito ativo); *comissivo* (somente pode ser praticado com uma conduta positiva, excepcionalmente, comissivo-omissivo); de *dano* (consuma-se somente com o advento do resultado material, isto é, com a efetiva lesão de um bem jurídico tutelado); *unissubjetivo* (pode ser cometido por apenas um sujeito ativo); *plurisubistente* (consistente em vários atos integrantes de uma conduta, admitindo, conseqüentemente, seu fracionamento).<sup>82</sup>

### 3.3. Do Estelionato contra a Previdência

Neste tópico do capítulo, adentraremos na parte específica do crime de estelionato, que são os cometidos contra entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, grupo onde está inserido o Instituto Nacional do Seguro Social, prevista no § 3º do artigo 171 do Código Penal.<sup>83</sup>

O texto do artigo 41 do Código Civil Brasileiro dispõe<sup>84</sup> sobre as pessoas jurídicas de direito público interno, enumeradas da seguinte forma: União, Estados,

<sup>81</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3.** 5º. ed. Editora Saraiva. 2009, p. 238.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>83</sup> “Art. 171, § 3º, do CP - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.”

<sup>84</sup> “Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:  
(...)

Distrito Federal, Municípios e Territórios, como entidades da administração pública direta, e as autarquias, fundações e outras entidades de caráter públicas criadas por lei, como as agências reguladoras, compondo a administração pública indireta. O INSS está inserido na qualidade de autarquia previdenciária, ligada diretamente ao Ministério da Previdência Social.

Sendo o INSS uma autarquia, cabe salientar do que se trata esta entidade estatal. Autarquia é uma pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, destinada a realização de uma atividade específica do Estado. Sendo pessoa jurídica pública, está sujeita ao regime jurídico de direito público, possuindo determinadas prerrogativas e sujeições.<sup>85</sup>

Apesar de não estar expressamente mencionada no § 3º do artigo 171 do Código Penal, a autarquia previdenciária, gozando da qualidade de entidade de direito público, está devidamente abrangida pelo referido parágrafo. Em se tratando deste assunto, o Supremo Tribunal de Justiça, lançando mão da Súmula 24, pacificou qualquer discussão, conforme o verbete da mesma: “Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima a entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3º do art. 171 do Código Penal”.<sup>86</sup>

Ademais, pelo fato de o STJ mencionar “qualificadora”, na supramencionada súmula, inicia-se uma discussão doutrinária em torno da natureza do que trata o mencionado parágrafo do artigo supracitado, se este é uma causa de majoração da pena, ou se se trata de uma qualificadora. Neste ponto, a maioria da doutrina entende ser uma majorante ou uma causa especial de aumento de pena. Versando sobre o tema e seguindo a doutrina majoritária, BITENCOURT aduz:

O estelionato não apresenta figuras qualificadas, mas prevê *majoração da pena*, equivocadamente concebida pela doutrina como qualificadora, ignorando que tecnicamente, majorante e qualificadora não se confundem, como demonstramos em várias passagens dessa obra.<sup>87</sup>

De forma contrária, entende Fábio Zambite IBRAHIM, que, seguindo à risca o teor da súmula 24 do STJ, afirma o seguinte:

<sup>85</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. Atlas. 2009, p – 429.

<sup>86</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 24. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=476>

<sup>87</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3.** 5°. ed. Editora Saraiva. 2009, p – 247.



(...). É *estelionato qualificado*, apesar de a qualificadora § 3º não mencionar expressamente a previdência social, conforme verbete nº 24 da Súmula de Jurisprudência do STJ (“Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima a entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3º do art. 171 do Código Penal”).<sup>88</sup>

Independente da natureza do artigo 171, § 3º, do Código Penal, seja qualificadora ou majorante de pena, este deve ser aplicado aos crimes de estelionato em face da Previdência Social, conforme a mencionada súmula.

#### **3.4. Da diferença entre Estelionato Privilegiado e Estelionato com incidência do princípio da insignificância**

Primeiramente, faz-se necessário discorrer sobre alguns aspectos gerais acerca do Estelionato privilegiado, inserido no § 1º, do artigo 171 do Código Penal<sup>89</sup>, para depois confrontar com o já debatido princípio da insignificância. O referido parágrafo remete o leitor ao artigo 155, § 2º, do Código Penal<sup>90</sup>, que possibilita o juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de uma a dois terços, ou aplicar apenas a penalidade de multa, quando o réu for primário e o prejuízo resultado do estelionato for pequeno. Apesar de a terminologia “estelionato privilegiado” já ser consagrada pela doutrina, alguns autores, como BITENCOURT<sup>91</sup>, entendem ser uma minorante ou causa especial de diminuição de pena.

Analisando o referido parágrafo do artigo que prevê o crime de estelionato, percebe-se que há menção a dois requisitos, indispensáveis a aplicação da figura privilegiada. São eles a primariedade e o pequeno valor do prejuízo causado à vítima. Por primariedade maioria da doutrina entende ser o mesmo que não-reincidente, ou seja, aquele que não foi condenado por sentença transitado em julgado, enquanto não

<sup>88</sup> IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário**. 14ª ed. Impetus. 2009, p. 497.

<sup>89</sup> “§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.”

<sup>90</sup> “§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”

<sup>91</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3**. 5º. ed. Editora Saraiva. 2009, p. 19.

tenha transcorrido o prazo de cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena. O segundo requisito é o de prejuízo de pequena monta, devendo-se levar em consideração o valor da vantagem obtida e as consequências patrimoniais da conduta ilícita, diferentemente do que ocorre no crime de furto privilegiado, onde se leva em consideração apenas o valor da coisa objeto do furto, não observando-se as consequências da ação para aferição do valor.<sup>92</sup>

Quanto ao valor a ser utilizado como parâmetro, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais não fixaram um que seja seguramente utilizado, cabendo ao juiz, no seu mister, valorar a conduta, verificando até mesmo outras circunstâncias não previstas no artigo para aferição do cumprimento ou não do segundo requisito.

BITENCOURT, por entender tratar-se de uma minorante, aduz ser direito subjetivo do réu a aplicação do § 1º, do artigo 171 do Código Penal, quando atingidos os requisitos previstos na lei, sendo sua admissão obrigatória.<sup>93</sup>

Passado a breve explanação acerca da aplicação da forma privilegiada do crime de estelionato, far-se-á um pequeno relato das diferenças existentes desta com aplicação do princípio da insignificância no referido crime, como o tempo de aplicação de um e de outro, bem como as consequências e a forma de utilização de um e de outro instituto.

O estelionato qualificado, apesar desta nomenclatura usualmente aceita, é uma minorante, devendo ser aplicada pelo Juiz no ato em que sentencia o réu, ou seja, após o deslinde processual completo, fazendo com que o réu passe por todas as fases do processo comum. Ademais, como consequências da sua aplicação, o réu terá sua pena alterada da forma como valorar a conduta ilícita, já adentrando na seara da aferição do grau de culpabilidade, podendo-se dizer, de certa maneira, que se trata da aplicação do princípio da irrelevância com temperos, já que não exclui a pena por completo, mas torna menos gravosa. Mais, mesmo que se trate de estelionato privilegiado, não há possibilidade de o réu se ver livre da pena e das suas consequências.

---

<sup>92</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial. Vol. 2.** 4º ed. Revista dos Tribunais. 2005, p. 606 - 607.

<sup>93</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3.** 5º. ed. Editora Saraiva. 2009, p. 240.

De outro lado, o princípio da insignificância não possui previsão legal, sendo seus requisitos traçados pela jurisprudência e pela doutrina, podendo sua aplicação se dar a qualquer momento, seja na fase de investigação, com o arquivamento do procedimento, seja no início do processo, com a absolvição sumária nos termos do artigo 397, III, do Código de Processo Penal<sup>94</sup>, ou na própria sentença absolutória. Neste caso, não há abertura para verificação de causas subjetivas, tendo por base apenas aspectos objetivos inerentes à tipicidade, ou seja, caso não se entenda ausente a tipicidade material, não há que se falar em crime, mesmo que se trate de réu com maus antecedentes.

Desta forma, resta evidenciada a diferença existente entre os dois institutos, devendo a aplicação de um ou de outro não ser confundida, apresentando requisitos e períodos de verificação diferentes.

---

<sup>94</sup> “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:  
(...)  
III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (...)”

## **4 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL.**

Passada a explanação acerca dos institutos necessários ao debate central deste trabalho, o princípio da insignificância e o estelionato contra a Previdência Social, adentra-se, neste último capítulo, à discussão de ordem prática, ou seja, da aplicação do referido princípio no delito ora estudado, analisando, primeiramente, os argumentos para a utilização do princípio da bagatela nos crimes em gerais e sua evolução na jurisprudência dos Tribunais pátrios, para, em seguida, analisar o seu emprego no delito em tela, sugerindo, ao final, algumas ideias que viabilizem tal aplicação.

### **4.1. Argumentos levantados pelos Tribunais pátrios acerca da aplicação do Princípio da Insignificância.**

Vários são os argumentos utilizados pelos Tribunais brasileiros para aplicação do princípio em estudo. Vejamos alguns desses juntamente com sua utilização na ordem prática, ou seja, decisões que as aplicam.

Conforme o exposto acima, a evolução da teoria do tipo penal fez com que se originasse o princípio da insignificância, partindo da concepção de que certas condutas, que não causem grave dano ou ameaça de dano a determinados bens jurídicos tutelados pela norma penal, não merecem ser consideradas típicas, afastando, portando, o caráter ilícito da ação. Destarte, o grau da lesividade causada pela conduta aferida pelo juiz, ou seja, o desvalor do resultado atribuído ao ato faz parte dos critérios para aferição da existência do crime. Nesse contexto, do Min. Celso de MELLO, em seu voto, como relator do *Habeas Corpus* nº 84.412/SP, versa da seguinte forma:

(...) Cumpre reconhecer, presente esse contexto, que o direito penal não deve se ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por

isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.<sup>95</sup>

Entende-se desta forma, que apenas os atos que venham a lesionar ou a ameaçar direito protegido pelo Direito Penal é que merecem a intervenção deste, excluindo-se todos os outros que não venham causar descompasso na ordem social ou moral de uma sociedade, evitando-se, assim, o encarceramento desnecessário, que só gera más consequências.

Neste ínterim, surge outra justificativa para a utilização do princípio da insignificância, sendo esta, do ponto de vista prático, a mais evidenciada, a política criminal. Seguindo esta, invoca-se o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade para embasar a aplicação do princípio em estudo, tratando-se de uma ofensa àqueles sancionar responsáveis por pequenos delitos em pena privativa de liberdade, ressaltando ainda o estigma social que carrega aquele que passa pelo sistema prisional brasileiro, afinal, é comumente sabido que não é um ambiente que regenera o indivíduo. Até mesmo o processo penal e o seu desenvolvimento pode ser considerado constrangedor para aquele que, segundo a Teoria Finalista da Ação, não cometeu conduta tipificada. Deste modo, diante da valoração feita pelo juiz penal à conduta formalmente típica, ilícita e culpável, não fica o mesmo restrito a aplicar a pena a ele cominada, podendo extinguir o processo, caso contrário, se ao julgador fosse restrito apenas a aplicação da lei, sem a devida valoração, haveria situações em que a injustiça imperaria. Na mesma ação acima citada, em consonância com o dito acima, o Min. Celso de Mello expõe o que se segue:

Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhe sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que valores penalmente tutelados

---

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Habeas Corpus 84.412/SP. Impetrantes: Bill Clayton e Luiz Emanuel Gomes Junior. Impetrado Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator: Min. Celso de Mello – Segunda Turma, p. 6-7. Disponível em <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC\\_84412\\_SP%20\\_19.10.2004.pdf?Signature=ibuRrApdw6iGNLzYx3Rpe1sAolk%3D&Expires=1371909927&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_84412_SP%20_19.10.2004.pdf?Signature=ibuRrApdw6iGNLzYx3Rpe1sAolk%3D&Expires=1371909927&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf)>. Acesso em 20 de junho de 2013.

se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.<sup>96</sup>

Neste mesmo sentido, entende a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos a ementa abaixo:

HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR (FIOS ELÉTRICOS AVALIADOS EM R\$ 25,00). CRIME DE BAGATELA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA PARA, APLICANDO O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, TRANCAR A AÇÃO PENAL PROPOSTA EM DESFAVOR DO PACIENTE. (...)Verificada a excludente de aplicação da pena, por motivo de política criminal, é imprescindível que a sua aplicação se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a ausência total de periculosidade social da ação; (c) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC 84.412/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 19.04.2004). (...) <sup>97</sup>

Outros argumentos que surgem a favor da aplicação do princípio em tela são uns dos fundamentos de sua existência, a fragmentariedade do Direito Penal e a do postulado da intervenção mínima. Conforme já explanado anteriormente, a fragmentariedade impõe que somente alguns atos ilícitos merecem a tutela do Direito Penal, sendo estes aqueles que maculam os bens jurídicos mais preciosos para sociedade, deixando de lado as condutas que pouco afetam a estabilidade social, revelando assim, intimidade com o princípio da insignificância, que, de igual maneira, dispensa a tutela do Direito sancionador máximo em face da baixa lesividade da conduta, apesar da mesma ser ilícita e atingir bem jurídico protegido pelo Código Penalista.

Quanto à intervenção mínima, este considera a gravidade da lesão para aferir se é ou não necessária a tutela penal em determinada conduta, assim como o faz

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Habeas Corpus 84.412/SP. Impetrantes: Bill Clayton e Luiz Emanuel Gomes Junior. Impetrado Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator: Min. Celso de Mello – Segunda Turma, p – 5. Disponível em <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC\\_84412\\_SP%20\\_19.10.2004.pdf?Signature=ibuRrApdw6iGNLzYx3Rpe1sAolk%3D&Expires=1371909927&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_84412_SP%20_19.10.2004.pdf?Signature=ibuRrApdw6iGNLzYx3Rpe1sAolk%3D&Expires=1371909927&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf)>. Acesso em 20 de junho de 2013.

<sup>97</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Habeas Corpus* nº 199.576 - SP (2011/0050169-0). Impetrantes: Guilherme Campos Augusto Bedin. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Paciente: Jesse Venancio de Andrade. Voto do Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Quinta Turma, Ementa. Disponível em < <http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/21104515/habeas-corpuz-hc-199576-sp-2011-0050169-0-stj/inteiro-teor-21104516>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

também o princípio da insignificância, que dispensa a proteção penal de condutas irrelevantes deste ponto de vista, sendo a diferença entre ambos, apenas o sujeito a que cada postulado é direcionado, o primeiro, ao legislador, e o segundo, ao intérprete do Direito. Novamente, citando o voto do Min. Celso de Mello, verifica-se a conexão desses postulados, senão vejamos:

Como se sabe, o princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão dos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, (...) <sup>98</sup>

Ainda demonstrando a correlação dos institutos debatidos acima, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela sua quinta câmara criminal, invoca-os da seguinte forma:

Com efeito, ressaltando-se que o Direito Penal encontra guarida no ícone da intervenção mínima, bem como há que se enfatizar o reconhecimento de que esse âmbito das Ciências Jurídicas é daqueles ditos fragmentários, não se preocupando com acontecimentos corriqueiros e que podem ser resolvidos na esfera privada, atinente aos próprios envolvidos. <sup>99</sup>

Outro princípio que é muito recorrente nas decisões que aplicam o da insignificância é o da subsidiariedade. Em capítulo anterior, observou-se que o Direito Penal é a ultima arma a qual o Estado deve recorrer para sanar determinada desordem social originada a partir de um delito, sendo, portanto, denominado de *ultimo ratio*. Desta forma, caso outro ramo do direito sirva para tutelar o bem jurídico afetado pelo o ilícito, a proteção penal deve ser afastada, dado o seu caráter eminentemente subsidiário e extraordinário, devendo operar apenas em situações de extrema necessidade. Da mesma forma, Joaquim BARBOSA discorreu em seu voto, nos autos do *Habeas Corpus* nº 92.438/PR:

À luz de todos os princípios que regem o direito penal, especialmente o princípio da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade de intervenção mínima, é inadmissível que uma conduta seja administrativamente

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Habeas Corpus 84.412/SP. Impetrantes: Bill Clayton e Luiz Emanuel Gomes Junior. Impetrado Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator: Min. Celso de Mello – Segunda Turma, p – 4. Disponível em <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC\\_84412\\_SP%20\\_19.10.2004.pdf?Signature=ibuRrApdw6iGNLzYx3Rpe1sAolk%3D&Expires=1371909927&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_84412_SP%20_19.10.2004.pdf?Signature=ibuRrApdw6iGNLzYx3Rpe1sAolk%3D&Expires=1371909927&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf)>. Acesso em 20 de junho de 2013.

<sup>99</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça – TJ/RS. ACR: 70048219240. Apelante: Luis Fernando Nahajew. Apelado: Ministério Público. Voto do Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro – Quinta Câmara. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com/jurisprudencia/21942588/apelacao-crime-acr-70048219240-rs-tjrs/inteiro-teor-21942589>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

irrelevante e, ao mesmo tempo, seja considerada criminalmente relevante e punível!<sup>100</sup>

Outro argumento que envolve a aplicação do instituto em comento é o da economia processual, onde há uma análise do ponto de vista econômico do processo, tendo em vista que causas em que é reconhecida a aplicação do princípio da insignificância acabam por ser arquivadas de modo que o Judiciário economiza tempo e dinheiro. Desta feita, ao reconhecer a aplicação do postulado em tela em determinados feitos, evita-se o deslinde inútil do processo, fazendo com que os Tribunais se dediquem mais às causas com maior relevância para o Direito Penal. Apesar de fugir à discussão eminentemente jurídica, do ponto de vista prático, este é um forte argumento a favor da aplicação do referido princípio. Nos autos do *Habeas Corpus* nº 99.594, cujo relator foi o Min. Carlos Ayres BIRTTO, a economia processual e o não abarrotamento do Judiciário com causas de pequena lesividade foi um ponto batido, conforme se vislumbra abaixo:

1. O postulado da insignificância é tratado como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral.<sup>101</sup>

Outro ponto que vem interferindo na aplicabilidade do instituto em estudo é a sua relação com os casos de multirreincidência ou reiteração cumulativa e não cumulativa. No primeiro caso, há a prática de mais de uma conduta que, em princípio e isoladamente são irrelevantes penalmente, porém, cumulativamente, possui um valor significativo, o que pode afastar a incidência do princípio da insignificância. Acerca do

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Habeas Corpus* 92438/PR. Impetrantes: José Afonso de Melo. Impetrado: Relator do Resp. nº 779.533 do Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator: Min. Joaquim Barbosa – Segunda Turma, p – 5. Disponível em <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC\\_92438\\_PR\\_1278982065290.pdf?Signature=Xe0BMxeCfLHLPte7EVIBc1sTM38%3D&Expires=1372109942&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_92438_PR_1278982065290.pdf?Signature=Xe0BMxeCfLHLPte7EVIBc1sTM38%3D&Expires=1372109942&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf)>. Acesso em 20 de junho de 2013.

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Habeas Corpus* 99594/PR. Impetrantes: Fernando Aparecido da Silva. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator: Min. Carlos Britto – Primeira Turma, Ementa. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/14712222/habeas-corpus-hc-99594-mg>>. Acesso em 20 de junho de 2013.



assunto, GOMES entende que o princípio da insignificância não deve incidir nesses casos, em suas palavras:

1. Multirreincidência ou reiteração cumulativa: parece-se nos muito acertado afirmar que a multirreincidência (de algo em princípio irrelevante) pode elevar o fato para patamar relevante, deixando de ter validade o princípio da insignificância. Em outras palavras, quando o agente pratica reiteradas condutas que, somadas, não geram um resultado insignificante (sim, bastante expressivo), deixa de ter pertinência o princípio que estamos estudando. Gerente de banco (ou um “hacker”) que desvia R\$ 1,00 de cada conta corrente, no final, aufere uma soma significativa. Empregado que trabalha como caixa de um estabelecimento comercial e que furta, diariamente, pequena quantidade de dinheiro. Para efeito da pena e da aplicação do princípio da insignificância temos que considerar o todo como fato único. (...) <sup>102</sup>

Neste primeiro ponto, parece não haver muita divergência. No entanto, quando se fala de reiteração não cumulativa, situação em que várias condutas delitivas insignificantes são praticadas, de forma não cumulativa, contra vítimas diferentes, sendo fatos desconectados no tempo, não há consenso doutrinário e jurisprudencial. Não havendo norma acerca do assunto, fica ao entendimento do julgador adotar a ideologia que pensa ser certa. Os que são filiados a corrente da ideologia punitivista da segurança, afasta a admissibilidade do princípio em tela, e os que adotam a ideologia humanista da equidade, admitem a sua aplicação. <sup>103</sup>

Resta então o embate entre aqueles que aceitam a “subjativização” dos critérios que aferem a possibilidade de aplicação do princípio da bagatela e os que não compartilham da mesma ideia. O Superior Tribunal de Justiça não possui uma jurisprudência pacífica, havendo casos de aceitação do princípio da insignificância, ressaltando seu caráter eminentemente objetivo, e de não aceitação, ressaltando a possibilidade de se incentivar a prática de pequenos delitos. Como indício da divergência existente no Superior Tribunal de Justiça, os dois precedentes abaixo, nos quais, apesar de possuírem o mesmo relator, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, adotam-se posturas opostas diante de casos assemelhados:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. 02 CARTELAS DE PILHAS E 05 CD'S, ESTIMADOS EM MENOS DE R\$ 50,00. PENA DE 02 ANOS E 05 MESES DE RECLUSÃO.

<sup>102</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2ªed. Revista dos Tribunais. 2010, p. 111.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 112

ANTECEDENTES CRIMINAIS DESFAVORÁVEIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado. 2. No caso em apreço, o valor total dos bens furtados pelo recorrente, além de ser ínfimo, não afetou de forma expressiva o patrimônio da vítima, razão pela qual incide na espécie o princípio da insignificância. Precedentes. 3. Firme é o posicionamento desta Corte Superior quanto à possibilidade de incidência do princípio da insignificância, mesmo diante da existência de antecedentes criminais desfavoráveis ao acusado. Precedentes. 4. Ordem concedida, para, aplicando o princípio da insignificância, absolver o ora paciente, com fulcro no art. 386, inciso III do Código de Processo Penal, nos termos do parecer ministerial.<sup>104</sup>

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES DE DIVERSAS BARRAS DE CHOCOLATE AVALIADAS EM R\$ 45,00. APESAR DE SE TRATAR DE RES FURTIVA QUE PODE SER CONSIDERADA ÍNFIMA, A EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR CRIME DE ROUBO TRANSITADA EM JULGADO, CUJO PACIENTE CUMPRIA PENA, INDICA A INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. O MPF MANIFESTOU-SE PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado. 2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC 84.412/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 19.04.04). 3. No caso em apreço, apesar do furto de diversas barras de chocolate avaliadas em R\$ 45,00 poder ser considerada ínfima, não merece a aplicação do postulado permissivo, eis que, a folha de antecedentes criminais do paciente, que indica a condenação por crime de roubo transitada em julgado, notícia a reiteração ou habitualidade no cometimento da mesma conduta criminoso. 4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial, dadas as singularidades deste caso.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Habeas Corpus* nº 110384 - DF (2008/0148723-5). Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Pacientes: Antônio Carlos Pereira dos Santos e Rone Moreira Gonçalves. Voto do Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Quinta Turma, Ementa. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/2010162/habeas-corpus-hc-110384-df-2008-0148723-5>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

<sup>105</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Habeas Corpus* nº 137794 - MG (2009/0104905-2). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Voto do Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Quinta Turma, Ementa. Disponível em

Nessa linha de “subjetivização” dos critérios de aplicação do princípio da insignificância, o Superior Tribunal de Justiça, por sua quinta turma, entendeu ser necessária a aferição de outros critérios, alheios aos mencionados pelo Min. Celso de MELLO no *habeas corpus* nº 84.412/SP, dentre eles: as condições do sujeito passivo, o contexto da situação delituosa e os antecedentes criminais do sujeito ativo. Verifica-se esses critérios na decisão do STJ, quinta turma, Relator, Gilson DIPP, em sede Recurso Especial:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRÁTICA DELITIVA REITERADA. OBJETO FURTADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONDIÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. DOSIMETRIA DAPENA. DOLO A TÍTULO DE CULPABILIDADE. NÃO POSSIBILIDADE. PROCESSOSEM ANDAMENTO. VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE E MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DAPENA. NECESSIDADE DE REVISÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Hipótese em que as circunstâncias do crime demonstram a relevância penal da conduta, pois embora o bem jurídico de fato ostente valor econômico relativamente reduzido, foi subtraído em circunstâncias tais que não devem ficar excluídas do campo de incidência do direito penal. II. Embora excluída a qualificadora do rompimento de obstáculo, diante da ausência de elaboração de laudo de constatação de arrombamento, o réu transpôs o muro de proteção da casa, ingressou na residência da vítima, após abrir e atravessar a janela da cozinha e de lá retirou a res furtiva. III. A averiguação da inexpressividade da conduta e ausência de lesividade penal não pode estar dissociado de outras variáveis ligadas às circunstâncias fáticas. In casu, são determinantes o objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, que revelou seu interesse na recuperação da res furtivae, bem como as circunstâncias em que o delito foi praticado. IV. Embora as circunstâncias de caráter pessoal, tais como a reincidência e maus antecedentes não devam impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, no presente caso deve restar ressaltado "que o delito apurado neste feito não foi um fato isolado na vida do acusado. Ele tem insistido na senda criminoso, com a prática reiterada de ações ilícitas contra o patrimônio de terceiros. (...).<sup>106</sup>

Verifica-se, desta forma, ao adotar-se critérios subjetivos para a aplicação do princípio da insignificância, uma tendência a distorcer a Teoria Finalista da Ação proposta por WEZEL, tendo em vista que, para esta teoria, características pessoais do agente não interessam à tipicidade, ou seja, para aferir se um conduta é típica ou não,

---

<<http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/5924967/habeas-corpus-hc-137794-mg-2009-0104905-2-stj>>.

Acesso em 22 de junho de 2013.

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1199497 - DF (2010/0116787-8). Recorrente: Marcelo Carvalho Amorim. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal. Voto do Relator: Min. Gilson Dipp – Quinta Turma, Ementa. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/22106434/recurso-especial-resp-1199497-df-2010-0116787-8-stj>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

não leva-se em conta o agente da conduta e, sim, a ação que praticou, deixando para a seara da culpabilidade a análise subjetiva da pessoa.

Diante do exposto, depreende-se que existem três tipos de argumentos levantados pelos Tribunais pátrios para a aplicação do princípio da insignificância. Os fundamentos teóricos, princípio da fragmentariedade, intervenção mínima e subsidiariedade do direito penal, os fundamentos de índole prática ou extrajurídica, a política criminal e a economia processual, e os embasamentos de cunho subjetivos, a reincidência, os maus antecedentes e a situação econômica do sujeito passivo. Visto isso, passa-se a análise do cerne deste trabalho.

#### **4.2. Argumentos levantados pelos Tribunais pátrios acerca da não aplicação do Princípio da Insignificância nos Crimes de Estelionato contra a Previdência Social.**

No final do primeiro capítulo, foi dito de antemão que não se aceitava a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de estelionato contra a Previdência Social, como bem assentado na decisão do Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o Min. Dias TOFFOLI, que em seu voto, julgou ser a conduta dotada de um alto grau de reprovabilidade, por configurar no polo passivo a combatida Previdência Social, que segundo o eminente Ministro, possui um *déficit* de R\$ 5,1 bilhões (cinco bilhões e cem milhões de reais). Faz-se necessário, então, evidenciar a referida decisão e apontar determinadas situações jurídicas que não se compatibilizam com o defendido pelo nobre relator.

EMENTA Habeas corpus. Penal. Estelionato praticado contra a Previdência Social. Artigo 171, § 3º, do Código Penal. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Elevado grau de reprovabilidade da conduta praticada, o que não legitima a aplicabilidade do postulado. Ordem denegada. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, carece, entre outros fatores, além da pequena expressão econômica do bem objeto de subtração, de um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente. 2. Ainda que se admitisse como norte para aferição do relevo material da conduta praticada pelo paciente a tese de que a própria Fazenda Pública não promove a

execução fiscal para débitos inferiores a R\$ 10.000 (dez mil reais) - Lei nº 10.522/02 -, remanesceria, na espécie, o alto grau de reprovabilidade da conduta praticada. Esse fato, por si só, não legitimaria a aplicabilidade do postulado da insignificância. 3. Paciente que, após o falecimento de terceiro, recebeu indevidamente, no período de junho de 2001 a fevereiro de 2003, o benefício de prestação continuada a ele devido, causando prejuízo ao INSS na ordem de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). 4. Esse tipo de conduta contribui negativamente com o déficit previdenciário do regime geral, que alcança, atualmente, expressivos 5,1 bilhões de reais. Não obstante ser ínfimo o valor obtido com o estelionato praticado, à luz do deficit indicado, se a prática de tal forma de estelionato se tornar comum, sem qualquer repressão penal da conduta, certamente se agravaria a situação dessa prestadora de serviço fundamental à sociedade, responsável pelos pagamentos das aposentadorias e dos demais benefícios dos trabalhadores brasileiros. Daí porque se afere como elevado o grau de reprovabilidade da conduta praticada. 5. Segundo a jurisprudência da Corte “o princípio da insignificância, cujo escopo é flexibilizar a interpretação da lei em casos excepcionais, para que se alcance o verdadeiro senso de justiça, não pode ser aplicado para abrigar conduta cuja lesividade transcende o âmbito individual e abala a esfera coletiva” (HC nº 107.041/SC, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 7/10/11). 6. Ordem denegada.<sup>107</sup>

Com o fim de desconstruir a tese acima apresentada, verificam-se quatro pontos a serem debatidos: o princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade e o argumento da situação do *déficit* da autarquia; a alta reprovabilidade da conduta por ser o sujeito passivo o instituto previdenciário e aplicação do referido princípio nos casos de apropriação indébita contra a previdência (artigo 168-A do Código Penal); a situação específica daqueles que cometem o crime de estelionato contra a previdência após óbito do beneficiário, por continuar recebendo o benefício; e a insignificância do crédito decorrente do crime para ajuizar ação fiscal e não aplicação do postulado em tela.

Conforme apresentado no primeiro capítulo, o princípio da bagatela tem o viés de excluir a tipicidade material da conduta, que, apesar de formalmente típica, por se amoldar ao disposto na legislação, não há lesão material significativa, ou seja, mesmo havendo subsunção do fato ao preceito legal, a conduta não apresenta lesividade suficiente para provocar uma sanção do Direito Penal. O que se faz para aferir a tipicidade ou não de determinada ação delituosa é a análise da própria ação em si, não se analisando, portanto, o sujeito ativo ou passivo do delito.

---

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Habeas Corpus* 111918/DF. Impetrantes: João Carlos da Silva Pires. Impetrado: Relator do Resp. nº 1263863 do Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator: Min. Dias Toffoli – Primeira Turma, Ementa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+111918%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/a2gheuz>>. Acesso em 20 de junho de 2013.

Ocorre que, no voto do relator TOFFOLI, a justificativa para se considerar a conduta reprovável é a o fato de a autarquia previdenciária configurar no polo passivo do referido crime, aduzindo mais, já que invoca a situação deficitária da mesma. Julga, portanto, ser típica a ação com esses fundamentos.

Desta forma, peca o Ministro do Supremo por fugir da teoria adotada pelo Direito Brasileiro (Teoria Analítica do Crime), onde há tripartição do crime em três elementos, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Visto isso, cumpre ressaltar que o fundamento do eminente Ministro mistura os elementos, avaliando a tipicidade com temperos da culpabilidade, já que mesmo traz a tona características subjetivas da vítima para tornar impossível a aplicação do princípio da insignificância, que deveria estar adstrita ao fato em si.

Neste ponto, o Ministro demonstrou que vem se filiando a corrente que insere certos critérios subjetivos na análise de cabimento do princípio da insignificância em certos casos, como os vistos nas decisões colacionadas acima, especificamente no Recurso Especial nº 1199497 – DF, cujo relator foi o Min. Gilson DIPP.

Em relação ao uso do *déficit* da previdência como argumento para não aplicação do princípio da insignificância, há a Nota Técnica nº 21, confeccionada pelo Sindifisco, que versa sobre existência ou não de dívida por parte da Seguridade Social. Nesta Nota, conclui-se que não pode se falar em uma Seguridade deficitária, já que a mesma financia determinadas políticas fiscais, assegurando, ainda, a solvência da dívida pública.<sup>108</sup>

Conforme o visto, o fato de ser a Previdência Social o sujeito passivo desse crime obsta a aplicação do princípio da insignificância. Se o alegado pelo excelentíssimo Ministro condiz com a realidade, afirmando ser a aplicação do referido instituto um estímulo a prática de delitos contra a autarquia, tornando ainda pior sua situação financeira, o mesmo deveria ser feito com os crimes de apropriação indébita previdenciária, previsto no artigo 168-A do Código Penal, que de igual forma macula as finanças da referida instituição, no entanto, isso não impediu a aplicação do princípio

---

<sup>108</sup> Departamento de Estudos Técnicos do Sindifisco Nacional. **Nota Técnica nº 21: Financiamento da Seguridade Social:** do “Déficit” da Previdência ao Superávit da Seguridade. Brasília – DF, 2010, p. 15. Disponível em: <[http://www.sindifisconacional-sp.org.br/UserFiles/File/Estudos%20T%C3%A9cnicos/Nota\\_tecnica21.pdf](http://www.sindifisconacional-sp.org.br/UserFiles/File/Estudos%20T%C3%A9cnicos/Nota_tecnica21.pdf)>. Acesso em 10 de julho de 2013.

em tela nesses crimes, de forma que já está pacificado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento neste sentido, conforme se vislumbra na seguinte decisão:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ART. 20 DA LEI 10.522/2002. APLICABILIDADE. 1. Com o julgamento pela Terceira Seção do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.112.748/TO (Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 5/10/2009), restou pacificado nesta Corte o entendimento de que o princípio da insignificância no crime de descaminho incide quando o débito tributário não ultrapasse o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), consoante o disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002. 2. A Lei nº 11.457/2007 que criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil considerou como dívida ativa da União os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias. Diante disso, entende-se viável, sempre que o valor do débito não for superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a aplicação do princípio da insignificância também no crime de apropriação indébita previdenciária. 3. In casu, verifica-se que o valor da contribuição previdenciária não recolhida é de R\$ 1.799,87 (um mil, setecentos e noventa e nove reais e oitenta e sete centavos), razão pela qual está caracterizado na esfera penal a irrelevância da conduta. 4. Recurso especial a que se nega provimento.<sup>109</sup>

Juridicamente, percebe-se um despautério ao comparar as decisões expostas, visto que um fato que é comum às duas situações não é visualizado de forma uniforme, o que, mesmo em se tratando de órgãos julgadores diversos, torna a situação coberta pela insegurança jurídica.

Outra situação que torna ainda menos reprovável o crime de estelionato contra a previdência é quando este ocorre na modalidade de recebimento de benefício após o óbito de segurado, ou seja, quando se trata de recebimento do mesmo após o beneficiário ter falecido. Geralmente, esses casos ocorrem com famílias de baixa renda, onde há baixa instrução e poucas informações de como se dá cessação do benefício. Por isso, e também, por necessidade, já que na maioria dos casos, o titular do benefício era o provedor da família, as pessoas próximas ao falecido continuam sacando o dinheiro disponível na conta. Vale ressaltar que, após o óbito de determinada pessoa, o cartório responsável pela área em que mora o beneficiário deve informar o falecimento ao INSS, que, por meio dessa atualização, cancela o benefício.

---

<sup>109</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1125462/PR (2009/0097092-5). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Verdelirio Aparecido Barbosa. Voto do Relator: Min. Jorge Mussi – Quinta Turma, Ementa. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17946717/recurso-especial-resp-1125462-pr-2009-0097092-5-stj>>. Acesso em 22 de junho de 2013

De certa forma, o crime ocorrido nesta modalidade, com a presença de algumas causas subjetivas, que, de certa forma, justificam a retirada indevida do benefício, como pagamento de custas do enterro e do funeral, bem como dívidas com remédios, já ensejam a aplicação do princípio da insignificância. Apesar de não ser a modo mais ideal de se acatar a tese da atipicidade delitiva, já é um avanço a aceitação do arquivamento desses delitos, conforme se verifica na homologação de arquivamento decidida pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão:

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SAQUE INDEVIDO DE TRÊS PARCELAS DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO APÓS O ÓBITO DA SEGURADA. ESTELIONATO CONTRA O INSS (ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ATIPICIDADE. HOMOLOGAÇÃO DO ARQUIVAMENTO.

1. Trata-se de procedimento instaurado para apurar possível crime de estelionato contra o INSS, em decorrência do recebimento indevido, após óbito da beneficiária, de três parcelas no valor de R\$ 454,35, à época dos fatos.
2. Consta dos autos que a titular do benefício faleceu em 09/10/2000 e os resgates foram efetuados em 17/10/2000, 17/11/2000 e 18/12/2000.
3. O recebimento indevido deu-se sem má-fé da investigada, porquanto acreditava que poderia receber os valores devidos à competência do mês em que ocorreu o óbito, bem como os valores das competências dos dois meses seguintes, certamente com o intuito de custear as despesas do velório. Inexistente, in casu, o elemento “fraude”, imprescindível à caracterização do crime de estelionato.
4. Pela homologação do arquivamento.<sup>110</sup>

Outro fato a ser mencionado é o de que os créditos fiscais abaixo do R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) não são ajuizados pela Fazenda Pública, por serem de baixo interesse para os cofres públicos, ou seja, insignificantes, sendo sua persecução considerada um prejuízo para o Erário, que mesmo com obtenção do valor, não cobre os custos para persegui-lo. Isso é autorizado pela lei 10.522/02 combinada com a Portaria MF nº 75/2012, que suspende a execução dos créditos acima mencionados. Seguindo a mesma linha do que ocorre nos crimes de apropriação indébita previdenciária e descaminho, de que, em face dos valores obtidos no delito serem insignificantes do ponto de vista administrativo e civil, não seria razoável considera-lo significativo do ponto de vista criminal, que sob o postulado da intervenção mínima e da subsidiariedade só autoriza a intromissão do Direito Penal em situações não acobertadas por outros ramos do direito, o crime de estelionato contra o instituto

---

<sup>110</sup> BRASIL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Processo MPF nº 1.29.016.000191/2009-11/RS. Relatora: Ana Maria Guerrero Guimarães. Voto 1202/2010. Ementa. Disponível em < [https://sistemas.mpf.gov.br/2ccr\\_votos/Camara2/13\\_Ana\\_Maria/voto\\_1558\\_10\\_%200389.pdf](https://sistemas.mpf.gov.br/2ccr_votos/Camara2/13_Ana_Maria/voto_1558_10_%200389.pdf)>. Acesso em 20 de junho de 2013.



previdenciário deveria ser atípico nessa situação. Nesse sentido, a decisão, em que figurou como relator o Min. Eros GRAU:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR AO VALOR PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02. ARQUIVAMENTO. CONDUTA IRRELEVANTE PARA A ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. O arquivamento das execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior ao previsto no artigo 20 da Lei n. 10.522/02 é dever-poder do Procurador da Fazenda Nacional, independentemente de qualquer juízo de conveniência e oportunidade. 2. É inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado. Aplicação do princípio da insignificância. Ordem concedida.<sup>111</sup>

Apesar de todo o exposto acima, sem os temperos da culpabilidade, a aplicação do princípio da insignificância nesses crimes é de difícil constatação, já que a tendência dos Tribunais pátrios é seguir a decisão proferida pelo STF, cujo relator era o Min. Dias TOFFOLI. Mesmo assim, pelo fato de se precisar analisar o caso concreto para aferição do cabimento do postulado da bagatela, alguns juízes vem acatando, em suas decisões, a possibilidade de aplicação do referido instituto nesses crimes.

#### **4.3. Sugestões de Parâmetro para a Aplicação do Princípio da Insignificância.**

Este tópico, que finaliza o presente trabalho, tem por fim indicar um parâmetro para aplicação do referido princípio nos crime em comento. O que se pretende com isso é tornar seguro juridicamente a aplicação de postulado em menção, para que, em causas que tenham fatos assemelhados não venham a ter decisões diferentes.

Assim sendo, sugere-se, primeiramente, que haja ponderação na utilização dos argumentos presentes na decisão do Min. Dias TOFFOLI, já que Direito Penal se atrela muito a análise de caso concreto e das circunstâncias fáticas que o permeia, não

---

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Habeas Corpus* 100366/PR. Impetrantes: José Alves Filho. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator: Min. Eros Grau – Segunda Turma, Ementa. <<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/7222370/habeas-corporus-hc-100366-pr>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

se podendo apregoar indiscriminadamente a tese de que, por ser a Previdência Social deficitária (apesar de não se considerar essa hipótese em face do aludido com base na Nota Técnica nº 21 do Sindifisco), qualquer crime contra esta deve ter um rigor diferente dos demais que maculam o Erário. Se comparar o crime de descaminho ao de estelionato contra a previdência, verificar-se-á que os dois ofendem os cofres públicos, afetando as finanças do Estado, porém, possuem tratamento diferente quanto à aplicação do princípio da insignificância. Isto não deveria ocorrer, pois os dois deveriam ser julgados com o mesmo grau de reprovabilidade, já que, segundo o ministro relator, ao macular o Erário, atinge-se toda uma coletividade, e não uma única pessoa.

Outra sugestão é a de que o limite de R\$ 20.000,00 seja seguido para fins de reconhecimento da aplicabilidade do postulado em comento, não usando este valor, obviamente, como um dogma absoluto, devendo-se analisar caso a caso se é possível a incidência da bagatela em determinado delito. Na mesma linha de pensamento GOMES aduz:

(...) o limite de R\$ 10.000,00 serve de guia para o reconhecimento do princípio da insignificância nos crimes previdenciários. Mas não seria correto dizer que é um critério de validade ampla, geral e irrestrita. Em matéria de insignificância (penal) cada caso é um caso. Se para o fisco nacional (Super Receita) R\$ 10.000,00 é um *quantum* insignificante, para quem ganha salário mínimo (por exemplo) é um valor exageradamente alto. Direito penal é (ou melhor: deveria sempre ser) Direito do caso concreto. Cada caso é um caso.<sup>112</sup>

Desta forma, fica entendido que, além do valor, deve-se observar as minúcias do caso concreto, averiguando se estão presentes no caso os requisitos trazidos pelo Min. Celso de MELLO, (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a ausência total de periculosidade social da ação; (c) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada. Quanto à utilização de critérios subjetivos (reincidência, antecedentes criminais, personalidade, sujeito passivo, etc), deve-se levar em conta esta tendência do Direito brasileiro, que se verifica principalmente na jurisprudência, contrariando, de certa forma, a doutrina mais apegada às teorias, no entanto, não se pode sobrepor estes critérios subjetivos aos objetivos, a qual é filiado o postulado em estudo. Entende-se, desta forma, que por mais que a mescla de critérios subjetivos e objetivos para

<sup>112</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2ªed. Revista dos Tribunais. 2010, p. 125 – 126.

aferição de cabimento do postulado da bagatela seja teoricamente errado, é aceitável do ponto de vista da política criminal de determinada sociedade, desestimulando-se a continuidade delitiva e a habitualidade criminosa.

## 5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto nesse trabalho, concluímos que decisão proferida pelo Min. Dias TOFFOLI não apresenta fundamentos válidos para a vedação em tese da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de estelionato contra a Previdência Social.

Conforme foi dito, o princípio da insignificância está atrelado a uma análise do fato propriamente dito, com a finalidade de afastar a tipicidade material nos casos em que se verifica uma baixa lesividade do bem jurídico tutelado, o que faz da conduta materialmente atípica, apesar de se moldar a um determinado tipo penal. Para se aferir o cabimento do postulado, faz-se necessário ao julgador realizar um juízo de valor, diante do caso concreto, sobre a ação do agente e o resultado oriundo desta, para então, dizer ser aplicável ou não.

O voto do Min. Celso de MELLO trouxe a tona os vetores que, atualmente, guiam os magistrados na aplicação do referido postulado, são eles: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Tais vetores fundamentam diversas decisões, inclusive a que nega prontamente o cabimento deste no crime em foco.

Além desses requisitos, foram vistos outros de índole subjetiva que foram abraçados pela jurisprudência pátria, tais como a reincidência delitiva, a habitualidade criminosa, a qualidade do sujeito passivo, entre outros, mas que fogem a linha da teoria utilizada pela doutrina brasileira (Teoria Finalista da Ação), já que como dito anteriormente, o princípio da insignificância está atrelado ao fato em si, não havendo espaço para análise do sujeito que comete o crime e daquele que sofre com a conduta do agente no momento de aferição do cabimento do postulado mencionado.

Quanto ao crime em tela, o de estelionato contra a Previdência Social, não há nenhum impedimento de aplicação do princípio em foco neste, em razão do bem juridicamente tutelado por este ser o patrimônio da vítima, não se tratando, portanto, de bem jurídico indisponível (como a vida). Outro fato a ser relevado é o de que o crime em tela não é realizado mediante violência, o que não obsta esse ser julgado, em

determinado caso concreto, um delito de baixa reprovabilidade social e baixa lesividade.

Entretanto, como relatado, o Min. Dias TOFFOLI, em seu voto que negou a aplicação do princípio da insignificância, ressaltou que, mesmo que fosse aceito o argumento de que a quantia obtida (R\$ 4.000,00) fosse considerada insignificante frente o parâmetro utilizado (R\$ 10.000,00), a reprovabilidade da conduta não seria considerado baixa em virtude de o instituto previdenciário configurar como sujeito passivo no crime. Assim sendo, faz o Ministro a utilização de critérios subjetivos para a não aceitação do princípio da insignificância no caso em análise. Além disso, torna divergente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e o do Supremo Tribunal Federal, quanto ao argumento de que o fato de ser a Previdência Social a vítima do crime em comento obstar a aceitação do postulado da bagatela (jurisprudência pacífica do STJ quanto à aplicação do referido princípio nos crimes de apropriação indébita previdenciária).

Desta forma, parcialmente contrário ao entendimento do Ministro supracitado, conclui-se pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime em estudo, podendo-se, entretanto, fazer utilização de critérios subjetivos, quanto ao sujeito ativo do crime, como a reincidência e a habitualidade criminosa, para aferir o cabimento do referido postulado.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5 ed. Malheiros. 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1**. 13°. ed. Editora Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3**. 5°. ed. Editora Saraiva. 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 22 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 22 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em : 30 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Processo MPF nº 1.29.016.000191/2009-11/RS. Relatora: Ana Maria Guerrero Guimarães. Voto 1202/2010. Ementa. Disponível em <[https://sistemas.mpf.gov.br/2ccr\\_votos/Camara2/13\\_Ana\\_Maria/voto\\_1558\\_10\\_%200389.pdf](https://sistemas.mpf.gov.br/2ccr_votos/Camara2/13_Ana_Maria/voto_1558_10_%200389.pdf)>. Acesso em 20 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Habeas Corpus nº 199.576 - SP (2011/0050169-0). Impetrantes: Guilherme Campos Augusto Bedin. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Paciente: Jesse Venancio de Andrade. Voto do Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Quinta Turma, Ementa. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/21104515/habeas-corpus-hc-199576-sp-2011-0050169-0-stj/inteiro-teor-21104516>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Habeas Corpus nº 110384 - DF (2008/0148723-5). Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Pacientes: Antônio Carlos Pereira dos Santos e Rone Moreira Gonçalves. Voto do Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Quinta Turma, Ementa. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/2010162/habeas-corpus-hc-110384-df-2008-0148723-5>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Habeas Corpus* nº 137794 - MG (2009/0104905-2). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Voto do Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Quinta Turma, Ementa. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/5924967/habeas-corpus-hc-137794-mg-2009-0104905-2-stj>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1199497 - DF (2010/0116787-8). Recorrente: Marcelo Carvalho Amorim. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal. Voto do Relator: Min. Gilson Dipp – Quinta Turma, Ementa. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/22106434/recurso-especial-resp-1199497-df-2010-0116787-8-stj>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1125462/PR (2009/0097092-5). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Verdelirio Aparecido Barbosa. Voto do Relator: Min. Jorge Mussi – Quinta Turma, Ementa. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17946717/recurso-especial-resp-1125462-pr-2009-0097092-5-stj>>. Acesso em 22 de junho de 2013

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 24. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=476>>. Acesso em 20 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. Habeas Corpus 84.412/SP. Impetrantes: Bill Clayton e Luiz Emanuel Gomes Junior. Impetrado Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Melo – Segunda Turma. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/14740599/habeas-corpus-hc-84412-sp>>. Acesso em 20 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. Habeas Corpus 92438/PR. Impetrantes: José Afonso de Melo. Impetrado: Relator do Resp. nº 779.533 do Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator: Min. Joaquim Barbosa – Segunda Turma, p – 5. Disponível em <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC\\_92438\\_PR\\_1278982065290.pdf?Signature=Xe0BMxeCfLHLPte7EVIBc1sTM38%3D&Expires=1372109942&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_92438_PR_1278982065290.pdf?Signature=Xe0BMxeCfLHLPte7EVIBc1sTM38%3D&Expires=1372109942&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf)>. Acesso em 20 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. *Habeas Corpus* 99594/PR. Impetrantes: Fernando Aparecido da Silva. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator: Min. Carlos Britto – Primeira Turma, Ementa. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/14712222/habeas-corpus-hc-99594-mg>>. Acesso em 20 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. Habeas Corpus 111918/DF. Impetrantes: João Carlos da Silva Pires. Impetrado: Relator do Resp. nº 1263863 do Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator: Min. Dias Toffoli – Primeira Turma, Ementa. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+111918%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a2gheuz>>. Acesso em 20 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. *Habeas Corpus* 100366/PR. Impetrantes: José Alves Filho. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator: Min. Eros Grau – Segunda Turma, Ementa. <<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/7222370/habeas-corpus-hc-100366-pr>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral 1**. 13°. ed. Editora Saraiva, 2009.

Departamento de Estudos Técnicos do Sindifisco Nacional. **Nota Técnica nº 21: Financiamento da Seguridade Social**: do “Déficit” da Previdência ao Superávit da Seguridade. Brasília – DF, 2010. Disponível em: < [http://www.sindifisconacional-sp.org.br/UserFiles/File/Estudos%20T%C3%A9cnicos/Nota\\_tecnica21.pdf](http://www.sindifisconacional-sp.org.br/UserFiles/File/Estudos%20T%C3%A9cnicos/Nota_tecnica21.pdf)>. Acesso em 10 de julho de 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. Atlas. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 3**. 26ª ed. Saraiva. 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 1**. 10º ed. Forense. Rio de Janeiro. 1988.

GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2ºed. Revista dos Tribunais. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral. Vol. 1**. 9ª ed. Saraiva. 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário**. 14ª ed. Impetus. 2009.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 e da jurisprudência atual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MELHEM, Patrícia Manente. **Da inaplicabilidade do princípio da insignificância no Direito Penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. Disponível em: < <http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/handle/1884/17286/PATRICIA%20MANENTE%20MELHEM.pdf?sequence=2>>. Acesso em 10 de julho de 2013.



NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Vol. 2.** 25<sup>o</sup> ed. Saraiva. 1991.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** vol. 1. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial. Vol. 2.** 4<sup>o</sup> ed. Revista dos Tribunais. 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça – TJ/RS. ACR: 70048219240. Apelante: Luis Fernando Nahajew. Apelado: Ministério Público. Voto do Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro – Quinta Câmara. Disponível em < <http://tj-rs.jusbrasil.com/jurisprudencia/21942588/apelacao-crime-acr-70048219240-rs-tjrs/inteiro-teor-21942589>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 3<sup>a</sup> ed. Saraiva, 1987.